

Ombytting av skip under skipsbyggingskontrakter



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 202
Leveringsfrist: 10 April 2013

Til sammen 31652 ord

10.04.2013

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	De faktiske forhold – for og imot en ombyttingsrett under skipsbyggingskontrakter.....	4
1.2.1	Innledning.....	4
1.2.2	Kjøperens situasjon.....	5
1.2.3	Selgerens situasjon.....	7
1.2.4	Hensyn for og imot en ombyttingsrett	8
1.3	Problemstilling	9
1.4	Rettskildebruk i oppgaven	11
1.4.1	Generelt	11
1.4.2	Kjøpsloven som bakgrunnsrett	11
1.5	Veien videre – oppgavens disposisjon	12
<u>2</u>	<u>RETTSLIGE MEKANISMER SOM AKTUALISERES VED OPPFYLLELSE.....</u>	<u>13</u>
2.1	Innledning	14
2.2	Selgers forsinkelse.....	17
2.2.1	Reglene om selgers forsinkelse i Skip 2000	17
2.2.2	Grensen mellom mangler og forsinkelse	19
2.2.3	Kjøpers avvisningsrett etter Skip 2000	20
2.2.4	Ulovfestet avvisningsrett	21
2.3	Rettslige virkninger av oppfyllesestilbudet	22
2.3.1	Innledning	22
2.3.2	Generelt om vederlagsopptjeningen i Skip 2000	22
2.3.3	Vilkårene for opptjening av slutterminen	23
2.4	Særskilte virkninger ved faktisk gjennomført levering	24
2.4.1	Innledning	24

2.4.2	Risikoovergang og forsikring	25
2.4.3	Garantiansvaret etter levering	26
2.4.3.1	Innledning	26
2.4.3.2	Omfanget av ansvaret.....	26
2.5	Heving fra kjøpers side	27
2.5.1	Vilkår for heving ved mangler.....	27
2.5.2	Heving ved mangler som ikke er regulert i Skip 2000.....	28
2.6	Kjøpers mislighold av betalingskrav og vederlagsforpliktelsen.....	31
2.6.1	Innledning	31
2.6.2	Vilkår for mislighold av vederlagsforpliktelsen	31
2.6.3	Virkninger av mislighold av vederlagsforpliktelsen	31
2.6.4	Omfanget av selgers erstatningsplikt	32
2.6.5	Kjøpers mislighold av betalingskravene	33
3	<u>OMBYTTINGSRETTE – GRUNNLAG OG VILKÅR</u>	34
3.1	Innledning	34
3.2	En rettslig plassering av ombyttingskravet.....	35
3.2.1	Innledende om kontraktens krav og prestasjonsanalysen	35
3.2.2	Betydningen av sontringen mellom individuelt- og generisk bestemte forpliktelser	37
3.3	Voldgiftpraksis om ombytting.....	39
3.3.1	Innledning	40
3.3.2	Broström v. Factorias.....	40
3.3.2.1	Innledning	41
3.3.2.2	Selgers prinsipale anførsel og rettens vurdering	42
3.3.2.3	Selgers subsidiære anførsel og rettens vurdering	44
3.3.2.4	Mindretallets vurdering	45
3.3.3	Factorias v. Arrow III	48
3.3.3.1	Innledning	48
3.3.3.2	Prestasjonsanalysen i Factorias v. Arrow III	51
3.3.3.3	Voldgiftsrettens videre vurdering.....	53
3.3.3.4	Oppsummering.....	55
3.4	Sammenfatning av de materielle vilkår for ombytting	57
3.4.1	Teknisk ekvivalens	57
3.4.2	Kommersiell ekvivalens	58

3.4.3	Kravene til ombyttingserklæringen	60
3.4.4	Konklusjon.....	61
3.5	Ombyttingsretten og lojalitets- og tapsbegrensningsplikten	63
3.5.1	Innledning	63
3.5.2	Spørsmålet om tapsbegrensningsplikten.....	64
3.5.3	Ombyttingsrettens rettslige forankring og lojalitetsplikten.....	66
4	<u>NÆRMERE OM LOJALITETS- OG TAPSBEGRENSNINGSPLIKTEN SOM GRUNNLAG OG SKRANKE FOR SELGERS RETT TIL OMBYTTING</u>	70
4.1	Innledning	70
4.2	Den kontraktsrettslige lojalitetsplikten og vilkårene for ombytting	71
4.2.1	Innledning	71
4.2.2	Substituttet er ekvivalent	73
4.2.3	Substituttet er ikke ekvivalent.....	74
4.2.3.1	Innledning	74
4.2.3.2	Vilkårene om ekvivalens – størrelsen på avviket	76
4.2.3.3	Vilkårene om ekvivalens relatert til usikre følger av ombyttingen	77
4.3	Ekvivalensvilkårene som skranke for oppfyllelse?	79
4.3.1	Innledning	79
4.3.2	Vilkåret om teknisk ekvivalens.....	80
4.3.3	Vilkåret om kommersiell ekvivalens	81
4.3.4	Avvisning av substituttet	85
4.3.4.1	Innledning	85
4.3.4.2	ND 1974 s. 27 Fernbay	87
4.3.4.3	Konklusjon	90
4.4	Rettsvirkninger av ombytting.....	92
4.4.1	Innledning	92
4.4.2	Utgangspunkt: Alminnelige oppfyllelsvirkninger	92
4.4.3	Unntak? Ombyttingen griper inn i kontraktens system for partenes rettigheter	93
5	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u>	98
 Meland, Øystein. <i>Skipsbygging. Kommentarer til Norsk standard skipsbyggingskontrakt.</i>		
1.utg. Bergen, 2006.		101

**6 LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V ERROR! BOOKMARK NOT
DEFINED.**

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er ombytting av skip. Situasjonen er den at A har inngått avtale med B om at A skal bygge og levere to eller flere skip til B. Skipene skal være like eller tilnærmet like når det gjelder egenskaper og tekniske spesifikasjoner. Men det skal i utgangspunktet ikke foreligge noen rettslig kobling mellom kontraktene, det er to selvstendige kjøp - vi kan kalle dem Skip 1 og Skip 2, underlagt hhv Kontrakt 1 og Kontrakt 2.

Det som så skjer er at A kommer i forsinkelsesmislighold med det ene skipet, Skip 1 og Kontrakt 1 blir dermed kansellert.

Vi kan så legge til grunn at det viser seg å bli vanskelig eller umulig å levere innenfor kanselleringsfristen også for Kontrakt 2. Det selger da ønsker å gjøre, for å unngå å miste enda en kontrakt og eventuelt også erstatningsansvar, er å levere Skip 1 som oppfyllelse av Kontrakt 2. På denne måten kan selgeren oppfylle iallfall én av kontraktene. Dersom kontraktene heves kan selgeren risikere tap på to måter; For det første der forsinkelsen gir kjøper krav på erstatning og for det andre der skipets verdi har sunket i tiden mellom kontraktsinngåelsen og hevingen. Eller skipet er tilvirket spesielt for kjøperen og hans behov, slik at skipet har liten eller ingen verdi for andre. I de to sistnevnte tilfelle må selgeren i beste fall selge eller nyttiggjøre seg av skipet med lavere inntekter enn det som var tilfellet ved kontraktsinngåelsen. Selger kan altså lide tap selv om forsinkelsen ikke er erstatningsbetingende og han har i begge tilfeller et incentiv til å søke å oppfylle minst en av kontraktene.

Spørsmålet slik det er fremstilt her, er et spørsmål om A kan oppfylle Kontrakt 2 med Skip 1. Hvis svaret er bekreftende, kommer B i mislighold hvis han motsetter seg levering, samtidig som A opptjener vederlag på vanlig måte. Virkningen av at selger for

lov til å oppfylle Kontrakt 2 med Skip 1 kan også beskrives som at han får anledning til å foreta levering med skipet. Det kjøpsrettslige begrepet levering er koblingsord for en rekke rettslige mekanismer - tidspunktet for leveringen er blant annet utgangspunktet for å avgjøre om det foreligger forsinkelse og i skipsbyggingskontrakter vil også leveringen være det siste leddet i vederlagsopptjeningen. I vår relasjon kan problemstillingen formuleres som et spørsmål om hvilken virkning leveringen eller leveringsstilbudet får. Dersom man anerkjenner en ombyttingsrett, må leveringen av substituttet presumptivt ha de vanlige leveringsvirkninger så som at den avskjærer forsinkelsesmislighold og fører til vederlagsopptjening på vanlig måte. Dersom man ikke anerkjenner en ombyttingsrett, eller vilkårene for denne ikke er oppfylt, må utgangspunktet være at verftet er i samme stilling som ellers der levering ikke har skjedd.

Spørsmålet må prinsipielt besvares gjennom en tolkning og utfylling av kontrakten. Her blir hovedspørsmålet om Skip 1 kan være en kontraktsmessig oppfyllelse av Kontrakt 2. Jeg kommer til å kalle dette spørsmålet for *spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse*. Det tradisjonelle synet i juridisk teori har vært at verftet ikke kan foreta ombygging under en skipsbyggingskontrakt, men må levere det byggenummeret som er fastsatt i kontrakten. Synet har imidlertid ikke vært helt bastant og det har vært åpnet for levering av substitutt der dette er, om ikke helt identisk, iallfall kontraktsmessig likeverdig¹. I rettspraksis har dørene blitt åpnet for en ombygging i skipsbyggingskontrakter forutsatt at en slik ombyttingsrett er blitt klart påberopt av verftet, samt at substituttet er teknisk og kommersielt likeverdig med det opprinnelige skipet².

Problemstillingen kan også tenkes å oppstå i en annen relasjon. I en norsk voldgiftsdom³ om ombygging, var spørsmålet i saken om rederiet hadde krav på erstatning fra verftet etter at rederiet hadde kansellert skipsbyggingskontrakten på grunn av forsinkelse. Verftet hadde på sin side forsøkt å avverge kanselleringen ved å tilby levering av søsterskipet. Under voldgiftsforhandlingene, anførte verftet blant annet at

¹ Meland, Skipsbygging 2006 side 42.

² Se Punkt 3.4 om de materielle vilkårene for ombygging.

³ ND 2001 s. 526.

kjøpers tapsbegrensningsplikt måtte medføre at erstatning ikke kunne kreves, ettersom det tapet kjøper krevde erstattet ville vært unngått dersom kjøper hadde tatt søsterskipet som oppfyllelse av avtalen.

En kan altså si at *ombyting*, slik jeg benytter uttrykket, kan relatere seg til minst to forhold: For det første, om skip 1 kan leveres som skip 2, med oppfyllelsesvirkning og for det andre om skip 1 kan presenteres for å begrense et eventuelt erstatningsansvar. Dette siste vil jeg omtale som *spørsmålet om tapsbegrensningsplikten*.

I det tilfellet at selgeren har rett til å foreta en ombyting, vil dette medføre en plikt for kjøperen til å akseptere dette. Det hører med til oppgaven å gjøre rede for hvorvidt og på hvilke vilkår en slik plikt eksisterer, innholdet av denne plikten og konsekvensene av at den brytes.

Oppgaven er foranlediget av to voldgiftsdommer som blant annet behandler krav fra selgeren om å få foreta en ombyting av de skipene han har avtalt å levere til kjøper. Kravet fører ikke frem i noen av dommene, men en ombytingsrett blir heller ikke avvist på prinsipielt grunnlag, snarere omvendt: Ved at begge dommer drøfter vilkår for en rett til ombyting av nybygg, kan det hevdes at de åpner døren for en slik rett, forutsatt at de vilkår som oppstilles og drøftes i dommene er oppfylt i det enkelte tilfellet.

For kjøper medfører dette følgende: Dersom kjøper får anledning til å foreta en ombyting, vil han kunne oppfylle den bestående kontrakten med selgeren og slik sett oppfylle minst en av kontraktene, samtidig som han unngår et eventuelt erstatningsansvar.

Konsekvensen for selgeren er at han vil få tilbud om oppfyllelse av en av kontraktene. Men som jeg skal vise i punkt 1.2.2 vil selgeren gjennomgående være uinteressert i dette⁴. Dersom selgeren har rett til å foreta en ombyting i den situasjonen som er

⁴ Hvis ikke hadde heller ikke tvisten oppstått, da han naturligvis er fri til å samtykke til en ombyting når som helst.

skissert ovenfor, kan kjøperen ende opp med å være den misligholdende part der han motsetter seg dette. Han kan enten misligholde vederlagsforpliktelsen når han avviser selgers oppfyllelse, eller tidligere ved at han misligholder betalingsterminer byggeperioden⁵. Men dersom selger ikke har noen ombyttingsrett, vil kjøper heller ikke kunne misligholde ved å nekte å motta substituttet.

Hva som er kontraktsmessig oppfyllelse bestemmes ikke nødvendigvis av de samme normene som avgjør hvilke skritt en kjøper plikter å ta for å begrense sitt tap i erstatningsomgangen. Tapsbegrensningsplikten er tradisjonelt styrt av andre vurderinger. Selve utgangspunktet for tapsbegrensningsplikten er at kreditor selv må bære de deler av det tapet han krever erstattet, som han ved rimelige tiltak kunne begrenset⁶. Men i dommene om ombytting, trekker voldgiftsretten i noen grad inn lojalitets- og tapsbegrensningsplikten ved vurderingen av spørsmålet om kjøper plikter å ta substituttet til oppfyllelse av kontrakten.

Og i hvert fall i en av dommene som skal gjennomgå senere, smeltet vurderingen av tapsbegrensningsplikten i relasjon til erstatningskravet og den samme plikten i relasjon til selgerens plikt til å ta leveringen, sammen i en vurdering, slik at den lojalitetsplikten som tapsbegrensningsplikten har sitt utsprang fra, inngår i en begrunnelse for å akseptere oppfyllelse ved ombytting. Det mest sentrale spørsmålet i oppgaven vil uansett være det jeg ovenfor har kalt *spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse*.

1.2 De faktiske forhold – for og imot en ombyttingsrett under skipsbyggingskontrakter

1.2.1 Innledning

⁵ I skipsbyggingskontrakter er kontraktssummen gjennomgående delt opp i terminer som skal betales etter hvert som arbeidene skrider frem.

⁶ Kjøpsloven § 70 (1).

I dette punktet skal jeg presentere situasjonen til henholdsvis kjøper og selger ved kjøp av nybygg. Kjøpers situasjon gjennomgås rett nedenfor i punkt 1.2.2 og selgers situasjon i punkt 1.2.3 Til slutt skal jeg foreta en vurdering av noen rettspolitiske hensyn for og imot en ombytningsrett i punkt. 1.2.4

1.2.2 Kjøperens situasjon

Kjøperen av skipet vil være i den situasjon som innledningsvis er beskrevet ovenfor i punkt 1.1. Han har kjøpt et skip som skal bygges og leveres en gang i fremtiden. Hvilken kjøpesum han er villig til å betale vil avhenge av hvilke inntekter han forventer at skipet kan generere når det er ferdig bygget. Han kan også ha disponert over samtidig med at han inngår byggekontrakten, eller mens skipet er under bygging, f.eks. slik at han allerede har sluttet et tidscerteparti på skipet for tiden etter ferdigstillelse.

Under slike omstendigheter vil kjøperen være interessert i at skipet bygges ferdig i tide og at det holder de krav til kvalitet m.m. som er stillet i kontrakten, slik at han kan begynne å nyttiggjøre seg av det.

Dersom skipet ikke blir levert i tide, eller er mangelfullt, risikerer kjøperen å komme i mislighold i de kontraktene han har sluttet med skipet som del av oppfyllelsen. Han vil da tape penger den tiden skipet ikke er aktivt og kan også, avhengig av de avtalene han har inngått, komme i ansvar overfor sin medkontrahent. Skipsbyggingskontraktene har gjennomgående bestemmelser om konvensjonalbøter ved forskjellige former for mislighold, og forsinkelseserstatning vil i varierende grad kunne avhjelpe kjøperens tap.

Ovenfor har jeg hovedsakelig beskrevet de tilfellene kjøperen vil ha en interesse i å fastholde avtalen. Men utviklingen kan også være slik at det kan være mer lønnsomt for kjøperen å komme ut av den. F.eks. har kjøperen bestilt ett eller flere skip i den tro at skipene ved levering vil generere høyere inntekter enn kontraktsprisen skulle tilsi, eller han har kanskje betalt en høy pris i utgangspunktet, i tillit til en slik utvikling. Det kan også være at prisen var fornuftig ut fra forholdene på bestillingstidspunktet, samtidig som avtalen om tidsbortfrakt allerede var sluttet på bestillingstidspunktet – men så går

den annen part i tidscertepartiet konkurs, eller trekker seg på annen måte, og i mellomtiden har markedet for denne typen transport falt betraktelig.

Hvis kjøperens forutsetning om et godt marked for skipets tjenester svikter, vil ikke lenger kjøpet være en god bruk av kjøperens kapital. Jeg vil kalle dette en *svikt i kjøperens forventning om avkastning*. I disse tilfellene kan det være opportunt for kjøperen å komme ut av kontrakten. Fordi slike forventningssvikter hos kjøperen gjennomgående vil være irrelevant for kontrakten og forholdet til selgeren, vil situasjonen helst komme på spissen der selgeren kommer i mislighold og kjøperen ønsker å kansellere kontrakten.

Oppgavens problemstilling – om selgeren kan velge å foreta en *ombyting* av det skipet kjøperen skal ha levert vil gjerne komme på spissen i en slik situasjon. Det er da snakk om ytre markedsforhold som gir kjøperen et incentiv til å forsøke å komme ut av kontrakten. Hvis Skip 1 da ikke kan tjene som oppfyllelse av Kontrakt 2, vil kjøperen lykkes i dette – han kan da i de forsinkelsestilfeller som er beskrevet i punkt 1.1 kansellere en eller begge kontrakter. Når han da ikke lenger har noen plikt til å motta levering av noen av skipene, står han naturligvis fritt til å gi den opprinnelige selgeren nye bud på de samme skipene og disse budene kan da være tilpasset den nye markedssituasjonen. Den opportunistiske kjøper kan da ved å nekte å godta Skip 1 som oppfyllelse av Kontrakt 2, presse frem en gunstigere avtale for seg selv. Og dersom han kommer ut av kontrakten(e), vil han, uavhengig av Selgeren, stå fritt til å kjøpe billigere skip i markedet for øvrig. Jeg vil kalle dette fenomenet for *markedsmotivert heving*.

Spørsmålet i denne oppgaven er om Selgeren da kan velge å presentere Skip 1 til oppfyllelse av Kontrakt 2, for å hindre en slik kansellering. I de tilfellene hvor det vil være opportunt for Kjøperen å komme seg løs fra avtalen, vil han vel gjennomgående motsette seg en slik ombyting av skipene. Men det kan også tenkes andre tilfeller hvor kjøperen ikke ser seg tjent med en ombyting:

Dersom kjøperen allerede har inngått avtaler med tredjemann, f.eks. et tidscerteparti med Skip 2 som oppfyllelsesobjekt, kan han komme i mislighold overfor tidsbefrakter. Dersom tidsbefrakter etter denne avtalen gjør det klart at han vil motsette seg

oppfyllelse med noe annet skip enn Skip 2, setter dette kjøperen i en vanskelig situasjon, uansett om tidsbefrakter er berettiget til å motsette seg ombyttingen eller ikke. Dersom kjøper da motsetter seg ombyttingen overfor Selger, vil dette ikke være markedsmotivert. Det er her andre kommersielle hensyn, Kjøperens forhold til sine avtaleparter, som motiverer en eventuell kansellering av kontrakten.

1.2.3 Selgerens situasjon

Selgeren, som gjennomgående vil være et verft, har på sin side forpliktet seg til å bygge og levere et skip til kjøperen innen en viss tid. Dersom Selgeren blir forsinket, vil det kunne oppstå tap for ham. Dette tapet for kan oppstå på flere måter: Ved forsinkelse ved skipsbygging foreskriver avtalen gjennomgående konvensjonalbot, denne ”opptjenes” f.eks. en dag av gangen, med en stigende sats ettersom forsinkelsen varer lengre og lengre, slik at ansvaret kan bli betydelig. Dersom forsinkelsen varer lenge nok, vil det i tillegg inntre kanselleringsrett for kjøperen.

Dersom kjøperen kansellerer, kan det oppstå videre tap for Selger der skipet har sunket i verdi siden bestillingen. Selger sitter da igjen med et skip som det har kostet penger å bygge, men som nå kan være verdt betraktelig mindre enn den opprinnelig avtalte pris, dersom skipet er spesielt designet og bygget etter akkurat denne kjøperens behov, kan skipet til og med være verdiløst eller tilnærmet verdiløst dersom kontrakten med kjøperen faller bort. I den situasjonen som er skissert ovenfor i punkt 1.1, vil selgeren til og med kunne risikere å bli sittende med to uferdige skip: Det første skipet rakk han ikke å bygge ferdig før kansellering. Dersom han da har påbegynt arbeidet på det andre skipet (de bygges for eksempel delvis parallelt) når det viser seg at det også for dette vil inntre forsinkelser som vil gi selgeren kanselleringsrett, vil han kunne risikere å bli sittende med to uferdige skip. En ombytningsrett vil kunne hjelpe selgeren godt i denne situasjonen, ettersom han da kan belage seg på ferdigstilling og levering av kun det første skipet, riktignok under en annen kontrakt.

1.2.4 Hensyn for og imot en ombyttingsrett

Jeg skal allerede her skissere noen hensyn som på det rettspolitiske planet kan tale for eller imot en ombyttingsrett for Selger. Forutsetningen i det følgende er at det er snakk om å ombytte søsterskip, eller skip som er, om ikke identiske, iallfall tilnærmet identiske eller likeverdige.

Det første hensynet er å motarbeide markedsmotiverte kanselleringer. Dette hensynet gjør seg gjeldende i de tilfellene der markedet for denne typen skip har falt i tiden mellom bestillingen og leveringen, og Kjøper ser en mulighet til å komme ut av en kontrakt som på dette tidspunktet ikke lenger er så gunstig for ham. På bestillingstidspunktet ønsket Kjøper et skip av en bestemt type, og det er nå det han blir tilbudt av Kjøper. At markedet har sunket i mellomtiden skal ikke være Selgers risiko. Hensynet har vært oppe i rettspraksis tidligere, se f.eks. Rt. 1999 s. 408 på side 422, femte avsnitt (kjøp av fast eiendom) hvor muligheten for at kjøper benytter heving i spekulasjonsøyemed i et fallende eiendomsmarked, talte mot at det forelå hevingsadgang.

Hevingskravet i Rt. 1999 s. 408 ble avgjort med grunnlag i alminnelige kontraktsrettslige regler. Verken kjøpsloven eller avhendingsloven kom direkte til anvendelse, men Høyesterett uttaler at de sentrale bestemmelser i [kjøpsloven] i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. ”Således vil bestemmelsene i kjøpsloven om mislighetsbeføyelser ved mangler ved salgsgjenstanden langt på vei få tilsvarende anvendelse for slike overdragelser som denne saken gjelder”. (Side 420 sjette og syvende avsnitt).

Imot en ombyttingsrett for nybygg, kan det anføres flere argumenter. For det første, vil en ombyttingsrett teoretisk sett kunne åpne for spekulasjon hos Selger. Man kan da tenke seg at selger bygger to søsterskip til Kjøper, Skip 1 og Skip 2. Så får Selger et meget gunstig tilbud fra tredjemann på Skip 1 og velger å selge til ham, med dette misligholder han Kontrakt 1 overfor den opprinnelige kjøper. Av ulike årsaker, f.eks. er kontraktsprisen som er avtalt med den opprinnelige kjøper høyere for Skip 1 enn Skip 2, eller erstatningsbestemmelsene for Skip 2 er strengere (høyere erstatning) enn for Skip 1, kan man tenke seg at Selger vil være tjent med å oppfylle kontrakten for Skip 1 også i

relasjon til den opprinnelige kjøper. Dersom han da kan velge å levere Skip 2 under kontrakten for Skip 1 også med den opprinnelige kjøper, som utslag av en ombyttingsrett, vil han på denne måte betinge seg en mer gunstig posisjon enn han skulle hatt.

Et annet argument mot en ombyttingsrett er forholdet til kjøperens tredjemenn. Dersom Selgeren ønsker å levere Skip 1 som Skip 2, og Kjøperen allerede har sluttet avtaler over sistnevnte, kan dette stille kjøperen i en ugunstig situasjon. Hvis en tenker seg at Kjøper allerede har inngått et certeparti, hvor Skip 2 er bestemt som oppfyllelsesobjekt, vil han være avskåret fra å oppfylle denne avtalen med Skip 1, jfr. Sjøloven⁷ § 323 første punktum. Dersom Selgeren av skipet da tillates å utøve en ombyttingsrett overfor Kjøperen, risikerer man at Kjøperen kommer i ansvar overfor befrakteren etter certepartiet. Denne innsigelsen gjelder ikke med lik tyngde der Kjøperen har sluttet et certeparti, men har valgfrihet med hensyn til hvilket skip han vil oppfylle med. Dette blir igjen et spørsmål om hvor konkret man skal gå til verks for å undersøke utstrekningen av en eventuell betinget ombyttingsrett.

1.3 Problemstilling

Problemstillingen i oppgaven er om selgeren under en skipsbyggingskontrakt kan foreta en ombytting av det nybygget han skal bygge og levere til kjøperen og hvilke vilkår som i så fall gjelder for en slik rett. Som nevnt ovenfor, har spørsmålet vært til behandling i voldgiftspraksis, og voldgiftsretten har oppstilt vilkår for ombyttingsretten uten at selve ombyggingen i noen tilfeller er blitt godkjent hittil.

Ombyttingsretten har sitt teoretiske bakteppe i sontringen mellom individuelt- og generisk bestemte ytelser. Sontringen har generell relevans for det jeg ovenfor har kalt spørsmålet om *kontraktsmessig oppfyllelse*, da det i juridisk teori er forutsatt at en kontrakt som gjelder individuelt bestemte ytelser, ikke kan oppfylles med noe annet enn det oppfyllelsesobjektet som er angitt i kontrakten. Og det foreligger klart nok

⁷ 1994-06-24 nr. 39.

omstendigheter ved nybygget som kan tale for at skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt angitt ytelse⁸. Deler av voldgiftspraksis om ombyttingsretten fremstår derfor som noe kuriøs, ettersom den tar opp i seg disse betraktningene, tilsynelatende uten å stenge for ombytting av den grunn. Det hører derfor med til oppgaven å gjøre rede for den teoretiske rammen og bakgrunnen til og eventuelt rettslig grunnlag for ombyttingsretten, samt sammenholde dette med de vurderinger og begrunnelser som blir oppstilt i voldgiftspraksis.

Det hører også til oppgaven å undersøke rettsvirkningene av ombyttingen. Ombyttingen vil, sett fra selgers side, være et middel til å utløse de virkninger i kontraktsforholdet som vil være gunstige for ham. Jeg kommer derfor til å undersøke ombyttingens konsekvenser i relasjon til de alminnelige virkningene av levering i kontraktsforholdet, så som vederlagsopptjening, forsinkelsesavverging og risikoovergang.

Det følger forutsetningsvis av de skisseringer som er gjort av de faktiske forhold ovenfor i punkt 1.1 og 1.2, at selgeren gjennomgående vil motsette seg ombyttingen. Jeg vil derfor også behandle ombyttingsrettens side mot reglene for selgers avvisningsrett og om det vil kunne oppstå noen særspørsmål for selgers avvisning av substituttet. En presisering må imidlertid gjennomføres her under presentasjonen av oppgavens problemstillinger: Det kan ikke opereres med en forutsetning om at ombyttingen presenteres som et oppfyllesestilbud klart til levering som kjøperen så nekte å overta. At kjøperen motsetter seg ombyttingen på et tidligere tidspunkt, må påregnes og et selvstendig spørsmål er da om det kan ha noe å si for rettsvirkningene av ombyttingen at den foretas på et tidligere stadium – dette blir egentlig et spørsmål om rettsvirkningene av selve ombyttingserklæringen.

I forlengelsen av spørsmålet om ombyttingens rettsvirkninger vil jeg endelig også behandle muligheten for at kjøper ender med å være den misligholdende part etter at

⁸ Dette skal gjennomgås i detalj senere i punkt 3.3.2.2, men jeg kan allerede her nevne at slike omstendigheter omfatter kjøperens rettigheter under byggeprosessen, som ikke umiddelbart er forenlig med en ensidig endring av oppfyllelesobjekt fra selgerens side. I tillegg vil rettighetene til forskjellige tredjemenn, særlig befraktere under et certeparti med kjøperen gjerne ha individualisert skipet som oppfyllelesobjekt på en måte som kan utelukke substituttoppfyllelse overfor dem.

ombytting har funnet sted i en situasjon som opprinnelig eksponerte selgeren for både kansellering og misligholdsbeføyelser.

1.4 Rettskildebruk i oppgaven

1.4.1 Generelt

Problemstillingene som oppstår i forbindelse med ombyttingsretten, har sitt utsprang i forskjellige rettskilder. Selve ombyttingsretten er foranlediget av voldgiftspraksis og dommene om dette vil være en sentral kilde for denne oppgaven. Rammen for den rettslige situasjonen ombyttingsretten virker i, vil videre være den individuelle skipsbyggingskontrakten, med kjøpsloven og alminnelig obligasjonsrett som bakgrunnsrett. I denne oppgaven kommer jeg til å ta utgangspunkt i den norske standardkontrakten Skip 2000, som inneholder reguleringer som til dels sterkt avviker fra løsningene i kjøpsloven.

1.4.2 Kjøpsloven som bakgrunnsrett

Den norske kjøpsloven⁹ er en deklatorisk lov som i utgangspunktet kommer til anvendelse på alle avtaler som er omfattet av dens virkeområde etter §§ 1-5. Dette omfatter da i utgangspunktet også bygging og salg av skip, jfr. også forarbeidene¹⁰ og juridisk teori¹¹.

Teoretisk sett kan kjøpsloven ha innvirkning på kontraktsforholdet på flere forskjellige måter. For det første kan den utfylle avtalen der den er stum om et spørsmål. For det

⁹ LOV-1988-05-13-27.

¹⁰ Ot. Prp. Nr. 80 (1986-87) side 49.

¹¹ Falkanger og Bull, Sjørett 2010 side 67, Meland: Skipsbygging 2006 side 22 som likevel tar forbehold om at kjøpslovens regler ikke kan anvendes fullt ut (side 23).

andre kan den tjene som tolkningsfaktor der en kan velge mellom flere løsninger. Den tredje innvirkningen er litt mer sammensatt og skal behandles særskilt nedenfor.

De to førstnevnte forholdene begrenses særlig av ett forhold, nemlig den omstendelige kontraktsreguleringen som bygging av skip gjerne er underlagt¹². Dette medfører at det er lite rom for utfylling. Og i tillegg er kjøpslovens regler for en stor del fraveket i standardavtalen Skip 2000¹³, noe som må medføre at kjøpslovens deklarasjoniske regler får liten betydning for tolkningen der dette er tilfellet.

Den tredje måten kjøpsloven kan ha innvirkning på kontraktsforholdet på, er at ved at kjøpsloven anses som bakgrunnsrett for skipsbyggingskontrakten, vil i prinsippet all rettspraksis som har utviklet seg og de kjøpsrettslige prinsipper som loven bygger på, vil få betydning i skipsbygningsforhold¹⁴. Dette betyr at dersom kjøpsloven bygger på enkelte prinsipper eller antagelser, vil disse kunne "bli med på kjøpet" som bakgrunnsrett også for skipsbyggingskontraktene. Dette gjelder dog med forbeholdet om at kjøpslovens regler er egnet til å regulere spørsmålet

1.5 Veien videre – oppgavens disposisjon

Jeg har nå gjort rede for oppgavens problemstilling og hvilke temaer som kommer til å bli behandlet. En utfordring i denne oppgaven er å gjøre fremstillingen tilgjengelig for leseren. Dette skyldes for en del at ombyttingsretten griper inn i så vidt mange kontraktrettslige relasjoner som delvis er avhengige av hverandre, at en helhetlig fremstilling av problemkomplekset er utfordrende. Slik jeg har valgt å disponere oppgaven, utgjør en utlegning av de faktiske omstendighetene, inkludert hensyn for og imot en ombyttingsrett en del av innledningen ovenfor. I det følgende punkt 2, skal jeg behandle noen rettslige utgangspunkter for ombyttingsproblematikken. Dette punktet kommer til å behandle noen sentrale kontraktrettslige problemstillinger, både i sin

¹² Falkanger og Bull, Sjørett 2010 side 67.

¹³ Meland, Skipsbygging 2006 side 24.

¹⁴ Meland, Skipsbygging 2006 side 24.

alminnelighet og relatert til skipsbyggingskontrakten Skip 2000. I forlengelsen av det jeg kaller spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse, kommer dette punktet til å presentere konsekvensene av et oppfyllelsestilbud (ikke ombyttningstilbud) i relasjon til Skip 2000 sine bestemmelser om forsinkelse og avvisning, vederlagsopptjening og aktivering av betalingsplikt for de øvrige terminene i kontrakten¹⁵.

Det neste punkt 3 kommer til å inneholde en redegjørelse for ombyttingsrettens teoretiske bakgrunn og ramme og jeg vil forsøke å plassere den i en kontraktrettslig kontekst. Sentralt i denne delen av oppgaven er begrepet kontraktsmessig oppfyllelse relatert opp mot sondringen mellom individuelt og generisk angitte ytelser. Jeg skal foreta en analyse av den voldgiftspraksis som foreligger om ombytting med mål om å plassere ombyttingsretten i det kontraktrettslige landskapet og ut fra en tolkning av dommene skal jeg undersøke om det finnes rettslig grunnlag for en ombyttingsrett. Inn under dette punktet kommer jeg også til å behandle de delene av voldgiftspraksis som relaterer seg til kjøpers tapsbegrensingsplikt.

I den neste delen av oppgaven skal jeg undersøke vilkårene for og virkningene av ombyttingsretten i de relasjoner som er gjennomgått i den alminnelige delen av oppgaven i punkt 2. Jeg skal se om ombyttingsretten reiser noen særlige spørsmål i relasjon til disse alminnelige problemstillingene. Endelig skal jeg undersøke muligheten for at en ombytting fra selgerens side, ender opp med å plassere kjøperen i en misligholdssituasjon. Til sist skal jeg foreta en vurdering av om ombyttingsretten er ønskelig og om den er hensiktsmessig utformet.

2 Rettslige mekanismer som aktualiseres ved oppfyllelse

¹⁵ Skip 2000 operer med et system hvor selgeren aktiverer betalingsplikt for terminer av kontraktssummen etter hvert som byggeprosjektet skrider frem. Disse terminene er da en forskuddsbetaling da selgerens rett til å beholde dem, står og faller med om han opptjener vederlaget ved leveringen av skipet.

2.1 Innledning

Målet i dette punktet er å sette ombyttingsretten inn i en ramme, og å vise hvilke kontraktsrettslige mekanismer som vil aktualiseres av en ombytting. Jeg skal også gjøre rede for noen aktuelle problemstillinger som oppstår under disse mekanismene. Jeg kommer til å begynne med å redegjøre for Skip 2000 sin regulering av selgers forsinkelse, da konsekvensene av denne er selve motivasjonen¹⁶ for selgeren til å foreta en ombytting¹⁷.

Videre vil dette punktet handle om oppgavens side mot mekanismene i den alminnelige kontraktsretten: Oppfyllelsesvirkninger, som jo ombygtingen er ment å skulle utløse. I tillegg kommer spørsmålet om kjøpers avvisningsrett, som både er avgjørende for om oppfyllelsesvirkninger inntreffer og som også kan fortelle oss noe om hva en kjøper etter en skipsbyggingskontrakt i alminnelighet må akseptere levering av. Avvisningsretten etter Skip 2000 danner også bakgrunnen for den senere diskusjonen om avvisning av substituttet i punkt 4.3.4. Disse temaene innen alminnelig kontraktsrett har igjen en side mot det overordnede spørsmålet om hva som utgjør kontraktsmessig oppfyllelse. Dette begrepet kan egentlig deles i to:

Det ene er spørsmålet om oppfyllelsen er tidsnok - hvis ikke vil selgeren komme i forsinkelsesmislighold overfor kjøperen. I de to voldgiftsdommene som skal behandles senere i oppgaven¹⁸, blir ombygtingen benyttet i en slik situasjon for å avverge forsinkelse og kansellering, men naturligvis også for å utløse andre leveringsvirkninger, som vederlagsopptjeningen.

Den andre delen av begrepet kontraktsmessig oppfyllelse relaterer seg til selve oppfyllelsesobjektet: Er dette i samsvar med kontraktens krav? Hvis ikke kan selgeren

¹⁶ Selger er naturligvis også motivert av andre virkninger av ombygtingen enn at han avskjærer forsinkelsesmislighold, så som vederlagsopptjeningen. Men sett i forhold til bestemmelsene om forsinkelse, er den viktigste virkningen for ham å avverge forsinkelsesmisligholdet.

¹⁷ Se punkt 1.1.

¹⁸ Se punkt. 3.3.

påberope seg mangelsbeføyelser, inkludert mulig heving. De delene av kontrakten som relaterer seg til mangelsbeføyelser har for øvrig begrenset relevans¹⁹ i denne oppgaven, med unntak av avvisningsretten²⁰.

Mangelsreglene har i den alminnelige kontraktsretten også betydning for inntreden av forsinkelse: Dersom manglene er av en slik karakter at de gir selgeren avvisningsrett, vil forsinkelsesmislighold inntre der selgeren ikke avhjelper dem i tide²¹. Og omvendt: For visse mangler kan selgeren påtvinge kjøperen mangelfull oppfyllelse som avverger forsinkelse, forutsatt at han avhjelper dem senere, eller ved at kjøperen kan være forpliktet til å ta levering mot et prisavslag.

Det følger av dette at selve begrepet kontraktsmessig oppfyllelse må presiseres ut fra hvilken kontekst man bruker det i: Ovenfor i punkt 1.1 og 1.3 har jeg benyttet begrepet i forbindelse med den prinsipielle adgangen til substituttlevering. I den konteksten vil spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse referere seg til i sontringen mellom individuelt- og generisk bestemte forpliktelser, altså om substituttet overhodet kan presenteres som oppfyllelse²², uavhengig av om det har de egenskaper og tilfredsstillende ytelses- og kvalitetskrav som er oppstilt i kontrakten.

¹⁹ Mangelsbeføyelsene i kontrakten er prisavslag og heving. De forutsetter således at oppfyllelsestilbudet som utgangspunkt kan presenteres som oppfyllelse av kontrakten. Hovedspørsmålet i en ombytte-situasjon er derimot ikke om det foreligger mangler ved substituttet som gir kjøperen rett på prisavslag eller heving, men om kjøperen overhodet er forpliktet til å ta levering av det.

²⁰ Grunnen til at avvisningsretten er interessant i denne oppgaven er for det første at den er avgjørende for om kjøper overhodet behøver å ta oppfyllelse, eventuelt mot senere utbedring og er dermed bestemmende for om det inntreffer forsinkelsesmislighold eller ikke (der leveringsfristen er nådd). Indirekte bidrar den dermed også til å avgjøre hva slags avvik, eller mangler kjøper må finne seg i på tidspunktet for oppfyllelse. Denne delen av avvisningsretten vil bli spesielt interessant i oppgavens del om substituttoppfyllelse, i forlengelsen av situasjonen der kjøperen har innsigelser mot substituttet.

²¹ Riktignok åpner ND 1974 s. 27 «Fernbay» for at avvisningsterskelen kan justeres der forsinkelseskansellering blir utfallet av avvisningen (side 61). Men i prinsippet kan en avvisning slik transformere den leveringsinnsigelsen den gjelder, til en hevingsgrunn via forsinkelsesreglene.

²² Dersom skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt bestemt forpliktelse, vil hovedregelen være at kun det opprinnelig avtalte skipet vil kunne oppfylle avtalen, altså at det ikke vil være rom for substituttoppfyllelse.

I dette punkt, vil begrepet benyttes i en annen betydning: Det er her snakk om oppfyllesestilbudets forhold til kontraktens krav til skipets egenskaper og hvilke rettslige konsekvenser oppfyllesestilbudet får. Noen avvik fra kontrakten vil for eksempel måtte aksepteres mot et prisavslag, eller senere utbedring fra selgers side. Andre avvik vil derimot gi kjøper krav på avvisning eller heving.

I dette punktet skal jeg antyde grensegangen mellom mangler og forsinkelse sammen med kjøpers avvisningsrett, mens det senere i oppgaven vil trekkes en parallell fra disse spørsmålene og inn i ombyttingsproblematikken. Særlig aktuelt er det jeg vil kalle «påtvungen oppfyllelse». Påtvungen oppfyllelse skjer der oppfyllelsen er beheftet med mangler, men de er av en slik art at kjøperen ikke har avvisningsrett²³. Selgeren kan da «påtvunge» oppfyllelse mot senere utbedring. Senere i oppgaven vil parallellen trekkes ved at det spørres om det kan oppstilles andre eller flere regler for en eventuell rett til avvisning eller påtvungen oppfyllelse av substituttet.

I relasjon til fenomenet ombytting, blir spørsmålene hvilke konsekvenser ombyttingen får for avviklingen av kontraktsforholdet. Dersom ombyttingen godtas som oppfyllelse, vil den for eksempel måtte antas å utløse en rekke leveringsvirkninger. Men om den i alle relasjoner kan ha virkning som kontraktsmessig oppfyllelse²⁴, må undergis en egen behandling for hvert tilfelle. De vurderingene er det ikke tilsiktet å gjøre i dette punktet, dette behandles i oppgavens punkt 4.4.

²³ Se om kjøpers avvisningsrett etter Skip 2000 nedenfor i punkt 2.2.3.

²⁴ Der kontrakten er oppfylt vil selgeren normalt være fri sin forpliktelse, med unntak av senere garantiarbeider, etter Artikkel X. Et særlig spørsmål senere i oppgaven vil være om selgeren kan gis en utvidet rett til substituttlevering ved at han avhjelper ulemper ved slik levering for kjøperen, eller om det gjelder egne tilleggsvilkår for at substituttet skal kunne oppfylle kontrakten, sammenlignet med om det opprinnelig avtalte skipet ble levert.

2.2 Selgers forsinkelse²⁵

2.2.1 Reglene om selgers forsinkelse i Skip 2000

Bestemmelsene om selgers forsinkelse er med på å danne rammen for situasjonen for ombyttingen, ved at det er risikoen for forsinkelsesmislighold og kansellering som motiverer selgeren til å foreta ombyttingen²⁶. I dette punktet skal jeg gjennomgå vilkårene for forsinkelsesmislighold og rettsvirkningene av misligholdet. I neste punkt skal jeg så behandle grensen mellom mangler og forsinkelse i Skip 2000, før jeg behandler vilkårene for kjøpers avvisningsrett etter Skip 2000.

Leveringstidspunktet er fastsatt i Skip 2000 Artikkel VIII nr. 1, som bestemmer at skipet skal leveres ved eller i nærheten av byggerens verft. Selgeren skal sende beskjed til kjøper om at skipet er klart for levering²⁷²⁸. Leveringen skjer da ved at kjøperen aksepterer leveringen ved å signere leveringsprotokollen ("Protocol of Delivery and Acceptance"). Forsinkelse i denne sammenheng er ethvert avvik fra det tidspunktet kontrakten angir for levering.

²⁵ Av hensyn til disposisjonen velger jeg å behandle reglene om forsinkelsesavverging i dette punktet om selgers forsinkelse. Det forårsaker en litt dårlig sammenheng med neste hovedpunkt, 2.3 om rettslige virkninger av oppfyllestilbudet, da forsinkelsesavverging klart nok er en slik rettslig virkning. Grunnen til at jeg likevel gjorde det slik, er at dette punktet om selgers forsinkelse inneholder såpass mye redegjørelser for bestemmelsene om forsinkelse i Skip 2000, at jeg fant det best å skille det ut i et eget punkt.

²⁶ Andre virkninger er også aktuelle, men i dette punktet om forsinkelse vil jeg fokusere på forsinkelsesavverging. Dersom selgeren klarer å unngå forsinkelse og kansellering vil han jo presumptivt utløse de andre oppfyllelsvirkninger som vederlagsopptjeningen.

²⁷ Artikkel VII nr. 4 bokstav (a)

²⁸ Etter artikkel III nr. 3 tredje ledd, skal verftet for å opptjene leveringsterminen av kjøpesummen, gi kjøperen notis om at skipet er klart for levering. Terminen forfaller 14 dager etter at kjøperen har mottatt notisen.

Kontraktens system er at det betales standarderstatning ("liquidated damages") etter Artikkel IV nr. 1 for hver dag skipet er forsinket i forhold til leveringsdatoen²⁹.

Standarderstatningen fungerer som en reduksjon i salgsprisen. Etter Artikkel IV er dette også den eneste sanksjonen som er tilgjengelig for kjøper som følge av forsinkelse, dvs. at han ikke i tillegg kan kreve erstatning for eventuelt tap som forsinkelsen måtte føre til³⁰.

Når forsinkelsen når et visst omfang, inntreter det kanselleringsrett for kjøperen etter Artikkel IV. Det er tre alternative vilkår for kansellering i Skip 2000: For det første, vil kanselleringsrett inntre der skipet enten er forsinket i 180 dager eller mer, jf. Artikkel IV nr. 1 bokstav (b). Det andre alternativ er om forsinkelsen utgjør 270 dager, og da også inkludert slik forsinkelse som utgjør force majeure etter Artikkel IX nr. 1, jfr. Artikkel IV nr.1 bokstav (c). Det siste alternativ er om det kan fastslås utover enhver rimelig tvil at slik forsinkelse som nevnt ovenfor vil inntre (Antesipert mislighold)³¹.

Fra utgangspunktet om at ethvert avvik fra kontraktens leveringsdato utgjør forsinkelse må det gjøres unntak for såkalt "permissible delay", som medfører utskutt leveringsfrist og er definert i Artikkel IX nr. 3: Begrepet omfatter for det første forsinkelse som utgjør force majeure etter Artikkel IX nr. 1 og endringsarbeider etter Artikkel VI. I tillegg vil enhver forsinkelse som er forårsaket av mislighold av kjøperens plikter være omfattet, samt annen forsinkelse som etter sin art tillater utsettelse eller utvidelse av leveringsdatoen under kontrakten.

I denne oppgaven er det, med hensyn til bestemmelsene om utskutt leveringsfrist, den type permissible delay som omfatter ikke-oppfyllelse av kjøperens plikter som vil være mest interessant. Årsaken til at denne type permissible delay vil være mest interessant,

²⁹ Kontrakten angir selv en øvre ramme for standarderstatningen i Artikkel IV nr. 1 bokstav (a) siste ledd som bestemmer at den maksimale reduksjon i kontraktsprisen som følge av forsinkelse ikke skal kunne overskride standarderstatning for 180 dagers forsinkelse.

³⁰ Dette må leses med den reservasjonen som ellers gjelder i norsk kontraktsrett om ansvarsfraskrivelser for forsettlig eller grovt uaktsomme handlinger, se Meland, Skipsbygging 2006 side 79 med videre henvisninger.

³¹ Artikkel IV nr. 1 bokstav (d)

skyldes at kjøper på ett eller annet tidspunkt avviser ombyttingen fra selger i ombytingstilfellene. Dersom han ikke har rett til dette, og avvisningen medfører forsinkelse for selger (for eksempel på grunn av manglende medvirkning), vil dette da utgjøre permissible delay, som igjen medfører utskutt leveringsfrist, jfr. Artikkel IX nr 3.

Jeg har nå gjort rede for de relevante bestemmelser om forsinkelse i Skip 2000. Disse bestemmelsene er med på å danne rammen for ombytingssituasjonen. I samsvar med den uttalte målsetning i punkt 2, å gjøre rede for hvilke rettslige mekanismer som vil aktualiseres av en ombyting, skal jeg i neste punkt antyde grensen mellom mangler og forsinkelse og sammenhengen mellom denne grensen for kjøpers avvisningsrett.

2.2.2 Grensen mellom mangler og forsinkelse

For den kjøper som ønsker å komme ut av kontrakten, vil en forsinkelse fra selgers side være et godt påskudd. Som vist ovenfor, har kjøper som utgangspunkt en ubetinget kanselleringsrett der forsinkelsen eller den antesiperte forsinkelsen overskrider henholdsvis 180 dager og 270 dager, avhengig av om force majeure er medregnet.

Utgangspunktet er at selgeren må presentere kontraktsmessig oppfyllelse for å avverge forsinkelseskansellering, det vil si at oppfyllelestilbudet (som utgangspunkt) må tilfredsstille kontraktens krav. Dersom det tilbudte ikke samsvarer med disse kravene, kan kjøperen tenkes å fremme innsigelser mot den tilbudte oppfyllelsen og hevde at han ikke er forpliktet til å motta den.

Kravet om at det tilbudte må tilfredsstille de avtalte kravene, gjelder ikke ubetinget. I relasjon til mangler, åpner kontrakten selv for at skipet skal kunne avvike fra kontraktens krav i minst to relasjoner, uten at kjøper får avvisningsrett:

For det første, forutsettes det i Skip 2000 sine bestemmelser om mangler i Artikkel IV nr. 2 til 5, at en rekke avvik fra kontraktens krav til skipets hastighet, drivstofforbruk, dødvekt og lastekapasitet ikke medfører annet enn en vederlagsjustering. Det er først

når disse avvikene når en viss størrelse (som partene er fri til å angi) at det inntre kanselleringsrett og da for mangler. Disse bestemmelsene forutsetter at der den bestemte kanselleringsgrense for mangler ikke er nådd, kan heller ikke kjøper avvise oppfyllelsen.

Men også etter andre bestemmelser kan kjøperen bli nødt til å ta oppfyllelse, selv om det tilbudte har mangler. Den nærmere regulering av dette fremgår av vilkårene for kjøpers avvisningsrett, som jeg skal behandle i neste punkt.

2.2.3 Kjøpers avvisningsrett etter Skip 2000

I Skip 2000 Artikkel VII nr. 4 er det inntatt bestemmelser som direkte gjelder hva slags mangler det er som gir kjøperen rett til å avvise oppfyllelsen. Bestemmelsen har sin bakgrunn i Fernbay³² dommen. Her holder det å fastslå at bestemmelsen er ment å avklare spørsmålet om når kjøperen er forpliktet til å ta oppfyllelse, med forsinkelsesavverging som virkning, og når han kan avvise oppfyllelsen. Dersom kjøper avviser oppfyllelsen, må selgeren utbedre skipet, frem til det er i en slik stand at kjøperen er forpliktet til å ta det. I mellomtiden vil det kunne inntre kanselleringsrett på grunn av forsinkelse. Hvis dette skjer, er kjøperens avvisningsrett blitt transformert til en kanselleringsrett, via forsinkelsesreglene.

Bestemmelsen om kjøpers avvisningsrett er inntatt i Skip 2000 Artikkel VII nr. 4, bokstav (d). Bestemmelsen oppstiller hovedregelen om at kjøperen kun plikter å ta imot oppfyllelsen der den er fullt ut i samsvar med kontraktens krav, og pålegg eller anbefalinger fra klasseselskap eller myndigheter.

Men selv om skipet ikke tilfredsstiller kontraktens krav herunder det foreligger pålegg eller anbefalinger, er selgeren eksplisitt gitt anledning til å påtvinge levering dersom manglene ved skipet eller de pålegg fra klasseselskap som eventuelt måtte hvile på det er av mindre betydning og selgeren (1) påtar seg for egen regning å rette

³² ND 1972 side 27.

mangelen/oppfylle pålegget, og (2) holder kjøperen fri for alt tap som inntre som konsekvens av mangelen/pålegget, inkludert tidstap.

Også i disse tilfellene hvor oppfyllelsen ikke er i samsvar med det avtalte, vil altså selgeren kunne avverge forsinkelse. De mangler det her er tale om kan få betydning for størrelsen på hans vederlagskrav³³ og hvilke (tilleggs-)plikter han må påta seg overfor kjøperen, men gir altså ikke kjøperen mulighet til å avvise og dermed fremtvinge forsinkelsesmislighold (med prisavslag og mulig kansellering som følge).

Det følger av dette at bestemmelsene i Skip 2000 Artikkel VII nr. 4 om kjøpers avvisningsrett, som fra kjøpers side kan ses som en påtvungen oppfyllelse, gir selger en mulighet til å oppfylle med virkning for forsinkelsesavvergingen, selv om det tilbudte ikke fullt ut utgjør kontraktsmessig oppfyllelse. Forutsetningen om kontraktsmessighet som vilkår for oppfyllelse må dermed relativiseres med hensyn til hvilken rettsvirkning det er snakk om: Er det snakk om å opptjene hele kontraktssummen, må oppfyllelsen være mangelfri, i hvert fall i relasjon til bestemmelsene om prisavslag i Artikkel IV nr. 2 til 5. Men er det snakk om å opptjene vederlaget (slutterminen), og avverge forsinkelsesmislighold, holder det å prestere en oppfyllelse som ikke kan avvises, og denne behøver ikke være mangelfri.

2.2.4 Ulovfestet avvisningsrett

Den reguleringen av avvisningsretten som finnes i Skip 2000 Artikkel VII nr. 4 omhandler kun mangler eller påbud/anbefalinger fra myndigheter eller klaseselskap. Dersom det først presenteres et oppfyllelsestilbud og kjøperens innsigelser ikke gjelder forhold som faller innenfor bestemmelsen, må spørsmålet om avvisningsretten trolig løses på grunnlag av analogi eller ulovfestet rett. ND 1974 s. 27 Fernbay var grunnlaget for avvisningsbestemmelsen i Skip 2000 og domsgrunnene gir god veiledning i hva slags hensyn og hva slags avveining som bør være bestemmende for om kjøper kan

³³ Vederlagskravet kan bli gjenstand for en justering ved prisavslag, der selgeren presterer mangelfull oppfyllelse, jfr Artikkel IV nr. 2 til 5.

avvise ytelsen eller ikke. Innholdet av denne ulovfestede avvisningsretten skal gjennomgås senere i punkt 4.3.4 relatert til substituttoppfyllelse.

2.3 Rettslige virkninger av oppfyllesestilbudet

2.3.1 Innledning

I dette punktet skal jeg gjøre rede for hvilke virkninger et oppfyllesestilbud i alminnelighet vil ha under en skipsbyggingskontrakt, og vilkårene for at disse virkningene kan inntre. Flere av de problemstillingene som skal gjennomgås her, hører til det vi må kalle alminnelige leveringsvirkninger, så som vederlagsopptjening og risikoovergang. Forsinkelsesavverging er en viktig virkning men denne er det allerede gjort rede for ovenfor i punkt. 2³⁴.

2.3.2 Generelt om vederlagsopptjeningen i Skip 2000

I dette punktet skal jeg gi en beskrivelse av hvordan opptjeningen av betalingsterminene³⁵ i Skip 2000 foregår. Jeg skal så behandle vilkårene for at selgeren kan opptjene sluttermen og bringe den til forfall.

Vederlagsopptjeningen i kjøp er forutsetningen for selgerens, her verftets pengekrav ("vederlagskravet") mot kjøperen. Kjøperen kan ikke forventes å betale vederlaget, med mindre selgeren også presterer kontraktsmessig oppfyllelse. Den kontraktsmessige oppfyllelsen er dermed et vilkår for vederlagskravet.

³⁴ Å behandle en så viktig virkning av oppfyllesestilbudet i et annet punkt, kan være noe forvirrende men jeg gjorde det for å unngå for mye generelt stoff om forsinkelsesbestemmelsene i Skip 2000 i dette punktet, se note 25 på side 17.

³⁵ Kontraktssummen er oppdelt i terminer som betales ettersom arbeidene med skipet skrider frem, jfr. nedenfor.

I et helt vanlig løsørekjøp vil kjøperen typisk betale ved levering eller en gang etter levering etter selgerens påkrav, jfr. Det alminnelige prinsippet om ”ytelse mot ytelse” og den deklarasjonsregelen i kjl. § 49 (1). Vederlagsopptjeningen skjer her ved at selgeren leverer tingen³⁶³⁷. I Skip 2000 er også dette prinsippet lagt til grunn, selv om deler av betalingsplikten for kjøperen inntre trinnvis og før leveringen:

Betalingsplikten er i skipsbyggingskontrakter knyttet til flere milepæler som er angitt i kontrakten: I Skip 2000 artikkel 3, er partene gitt frihet til å bestemme selv hvilke milepæler dette skal være, men to tidspunkter er angitt i standarden: Den første delen av kontraktssummen skal betales en viss tid etter kontraktsinngåelsen³⁸. Kravet på den siste betalingen vil utløses etter levering og aksept av skipet³⁹.

For alle terminene unntatt den første, gjelder at de, med mindre spesifikke forfallsdatoer er avtalt, ikke vil forfalle før 14 dager etter at kjøper har mottatt skriftlig melding fra selger⁴⁰. Kjøper vil etter dette systemet betale deler av vederlaget før levering og for å sikre ham mot risikoen dette innebærer, er selger forpliktet til å utgi bankgaranti for eventuell tilbakebetaling av terminene, med unntak av den siste⁴¹.

Det er viktig å merke seg at disse betalingskravene er midlertidige, i den forstand at de står og faller med opptjeningen av slutterminen. Vilårene for at selgeren kan opptjene og bringe slutterminen til forfall, skal jeg behandle i neste punkt.

2.3.3 Vilårene for opptjening av slutterminen

³⁶ Ved kreditormora vil det være tilstrekkelig at tingen er stilt til kjøperens rådighet, jfr. kjl. § 49 (1).

³⁷ Vilårene for opptjeningen av slutterminen behandles i neste punkt.

³⁸ Artikkel 3 bokstav a.

³⁹ Artikkel 3 bokstav f.

⁴⁰ Artikkel III nr. 3 tredje ledd.

⁴¹ Artikkel III nr. 3 femte ledd.

Vederlagskravet er den samlede summen selger har krav på etter eventuelle justeringer⁴². Men bestemmelsene om vederlagsopptjeningen er knyttet opp mot den siste betalingsterminen⁴³ i kontrakten, slik at det er vilkårene for forfall av denne jeg behandler i det følgende.

For å opptjene sluttermen, må selgeren levere skipet i samsvar med Skip 2000 Artikkel VIII nr. 1, det vil si at det skal gis skriftlig beskjed om at skipet er klart for levering⁴⁴ før det presenteres i ferdig stand ved eller i nærheten av byggerens verft. Det er dette som er leveringshandlingen i Skip 2000. Forfallet av sluttermen er i tillegg avhengig av at selgeren gir notis, og den vil ikke forfalle før 14 dager etter mottak av notisen⁴⁵. Det er med andre ord nødvendig for selgeren å presentere et oppfyllelsestilbud, for at sluttermen skal kunne forfalle.

Kjøperen er pliktig å betale⁴⁶ når selgeren har gått frem som beskrevet ovenfor. Hvis betaling likevel ikke skjer, vil kjøperen være i betalingsmislighold, se Punkt. 2.6 om kjøpers mislighold av sluttermen.

2.4 Særskilte virkninger ved faktisk gjennomført levering

2.4.1 Innledning

Ovenfor har jeg behandlet vilkårene for at oppfyllelsestilbudet fører til vederlagsopptjening for selgeren. I dette punktet skal jeg behandle to andre leveringsvirkninger under Skip 2000. Dette er bestemmelsene om risikoovergang og

⁴² Ved mangel eller forsinkelse får kjøper krav på prisavslag etter vilkår som er bestemt på forhånd, se Artikkel IV nr. 1 til 5

⁴³ Artikkel III nr. 3 bokstav (f).

⁴⁴ Artikkel VII nr. 4 bokstav (a)

⁴⁵ Artikkel III nr. 3 tredje ledd.

⁴⁶ Kjøperen kan enten betale selv, eller han kan ha deponert beløpet hos en bank, som så foretar utbetalingen mot den signerte leveringsprotokollen, Meland Skipsbygging 2006 side 133.

forsikring samt aktiveringen av Kontraktens Artikkel X som regulerer hvilke krav kjøperen kan rette mot selgeren etter levering.

For nybygg som er kontrahert etter Skip 2000, vil leveringen (for kjøperen) også ha den effekt at de misligholdsbeføyelser som er tilgjengelige for ham etter leveringen blir begrenset, slik at kjøperens krav ved mangler ved nybygget begrenses seg til de som er angitt i kontrakten. I tillegg vil tilbakebetalingsgarantiene som er gitt i favør av kjøper, normalt utløpe ved kjøpers signatur på leveringsprotokollen⁴⁷.

Samtlige av disse rettslige mekanismene vil bli aktualisert ved en ombygging og jeg skal behandle dem i de følgende punktene.

2.4.2 Risikoovergang og forsikring

I dette punktet skal jeg behandle de leveringsvirkningene som relaterer seg til risikoovergangen og forsikringen av skipet.

Regelen er enkel: Selgeren bærer all risiko for skade på og tap av skipet frem til levering og aksept av det⁴⁸. Risikoen følger altså eierforholdene, ettersom kjøperen heller ikke blir eier av skipet før levering og aksept⁴⁹ og som en parallell til dette, plikter selgeren å holde skipet forsikret frem til det er levert til, og overtatt av kjøper⁵⁰.

I den alminnelige obligasjonsretten, kan risikoen for ytelsen gå over på kjøperen der ytelsen er klar for levering og det inntreffer kreditormora ved at kjøperen ikke mottar den. Dette er ikke tilfellet i Skip 2000, dersom kjøperen nekter å ta levering, vil selger

⁴⁷ Meland, Skipsbygging 2006 side 131.

⁴⁸ Artikkel XI nr. 2 bokstav (a).

⁴⁹ Artikkel XI nr. 1 første ledd.

⁵⁰ Artikkel XI nr. 2 bokstav (d).

fortsatt ha risikoen og forsikringsplikten, men dersom nektelsen ikke var rettmessig vil imidlertid selger kunne kreve sine utgifter dekket av kjøperen⁵¹.

For risikoovergangen og forsikringsplikten har oppfyllelsestilbudet med andre ord ingen rettslig effekt, med mindre skipet faktisk blir overtatt av kjøperen i samsvar med bestemmelsene i Artikkel VII.

2.4.3 Garantiansvaret⁵² etter levering

2.4.3.1 Innledning

Leveringen etter Skip 2000 er beskrevet i punkt. 2.3.3. Dersom skipet overtas av kjøperen, vil dette aktivere Artikkel X i kontrakten, som regulerer selgerens ansvar for mangler oppdaget etter leveringen. Bestemmelsen medfører en omfattende utbedringsplikt for selger i garantiperioden som normalt er 12 måneder. Etter dette er ansvaret som utgangspunkt helt bortfalt⁵³

2.4.3.2 Omfanget av ansvaret

Ansvaret gjelder enhver mangel som er oppdaget etter levering og aksept av skipet, og ansvaret er begrenset til å gjelde retting. Erstatning eller lignende er utelukket også i garantitiden⁵⁴.

⁵¹ Meland, Skipsbygging 2006 side 137.

⁵² Bestemmelsen som regulerer dett ansvaret er Skip 2000 Artikkel X. Denne betegner seg «Warranty of quality» eller «Garanti for Kvalitet», men kunne like gjerne vært kalt en ansvarsfraskrivelse, jfr. Meland, Skipsbygging 2006 side 157.

⁵³ Utvidet garantitid gjelder imidlertid der kjøper må tørrdøke for å oppdage manglene (Artikkel X nr. 2 siste ledd) og en utvidet garantitid gjelder også for reparasjonsarbeidene (Artikkel X nr. 2 bokstav (a)) og endelig dersom reparasjonene tar 30 dager eller mer, jfr. Artikkel X nr. 2 bokstav b.

⁵⁴ Artikkel X nr. 1.

Artikkel X kan altså beskrives som å inneholde både en garantibestemmelse og en ansvarsfraskrivelse. Den videre betydningen av ansvarsfraskrivelsen, skal jeg behandle i punkt 4.4.3 i relasjon til særlige problemstillinger som oppstår ved substituttoppfyllelse.

2.5 Heving fra kjøpers side

2.5.1 Vilkår for heving ved mangler⁵⁶

Dersom kontrakten kan heves, faller kontrakten bort og kjøperen har krav på tilbakebetaling av de allerede innbetalte midler, med tillegg av rente⁵⁷. I neste punkt skal jeg behandle vilkårene for heving fra kjøperens side under Skip 2000.

Jeg kommer her til å gi en oversikt over de vilkårene kontrakten stiller for å heve ved mangler. I punktet etter vil jeg gå inn på hvordan man behandler kontraktsbrudd som ikke hører naturlig under noen av kontraktens positive bestemmelser⁵⁸.

Skip 2000 inneholder egne utførlige bestemmelser om hevingsadgangen⁵⁹:

⁵⁵ Ansvarsbegrensningen gjelder under forutsetning av at selgeren faktisk får utbedret mangelen innen rimelig tid, ellers kan verkstedet bli ansvarlig for tapet kjøper lider som følge av at dette ikke skjer, jf. ND 1979 s. 231 Wingull.

⁵⁶ Heving ved forsinkelse er allerede behandlet, se punkt 2.2

⁵⁷ Artikkel XII nr. 1 tredje ledd.

⁵⁸ Problemstillingen oppstår fordi Skip 2000 positivt regulerer de tilfellene hvor kjøper skal ha hevingsrett for mangler. Dette skal han ha der enkelte av kjernefunksjonene ved skipet avviker fra det avtalte utover en nærmere definert ramme. Hvordan man da skal behandle mangler som ikke kommer til uttrykk på en slik måte blir tema i et eget punkt.

⁵⁹ I tillegg til bestemmelser om heving ved mangler og forsinkelser, inneholder Skip 2000 regulering av hevingsretten ved finansielt mislighold som konkurs og ved totalforlis i løpet av byggetiden men disse

For mangler er det bestemmelsene i Artikkel IV nr. 2 til 5 som er avgjør om kjøperen kan heve eller ikke. Bestemmelsene medfører at kjøperen for en rekke avvik fra kontraktens krav i relasjon til drivstofforbruk, lastekapasitet, dødvekt og fart, kun kan kreve prisavslag (delvis vederlagsforspillelse).

Ellers kan kjøper oppnå hevingsrett der oppfyllelsestilbudet foreligger, men kan avvises. Kjøper kan da vente på at det inntre kanselleringsrett på grunn av forsinkelsen⁶⁰. Ellers må kjøperen for å få heve, basere seg på reglene for antepert forsinkelse. Vilåret må da være at det må være klart utover enhver rimelig tvil⁶¹ at selger ikke vil klare å avhjelpe avvisningsgrunnen innen fristen for kansellering ved forsinkelse inntre.

Jeg har allerede antydnet at det kan bli aktuelt å vurdere innsigelser fra kjøperen som ikke naturlig faller inn under kontraktens bestemmelser om mangler i relasjon til avvisningsretten ovenfor i punkt 2.2.3. Tilsvarende problemstilling må antas å kunne oppstå i relasjon til heving av kontrakten. I neste punkt skal jeg gjøre rede for bakgrunnsretten for heving av tilvirkningskjøp og juridisk teori om heving av skip under Skip 2000 der hvor kontraktbruddet ikke faller inn under de positive bestemmelser i avtalen.

2.5.2 Heving ved mangler⁶² som ikke er regulert i Skip 2000

bestemmelsene er imidlertid ikke relevante i denne oppgaven. I det følgende kommer jeg derfor kun til å behandle reglene om heving ved mangler og forsinkelse.

⁶⁰ Se punkt 2.2.

⁶¹ Artikkel IV nr. 1.

⁶² Et selvstendig spørsmål er hvilke kontraktsbrudd som skal omfattes av mangelsbegrepet, nærmere bestemt hva som skal regnes som mangler i en skipsbyggingskontrakt. Kjøpslovens system er at alle avvik fra det avtalen (riktig tolket og utfylt) foreskriver, utgjør mangler etter § 17. Den følgende drøftelsen forutsetter da at alle slike avvik regnes som mangler også i relasjon til Skip 2000.

Spørsmålet i dette punket er hvordan man skal vurdere hevingsadgangen for mangler som ikke er regulert i Skip 2000.

I den alminnelige obligasjonsretten er heving av kontrakter generelt betinget av at det foreligger et vesentlig mislighold⁶³. En kontrakt om bygging av skip er å anse som tilvirkningskjøp og hevingsterskelen etter bakgrunnsretten er da høy, jfr. kjl. § 26 som ved forsinkelse bestemmer at dersom heving vil føre til vesentlig tap hos selgeren, kan heving ikke kreves, med mindre forsinkelsen vil medføre at formålet med kjøpet blir vesentlig forfeilet for kjøper. Tilsvarende bestemmelse for mangler ved tilvirkningskjøp ble ikke tatt inn i loven, men etter forarbeidene⁶⁴ skal hevingsterskelen tross dette være høyere enn vanlig ved tilvirkningskjøp hvor tingen er laget spesielt til kjøperen, og man skal i hevingsvurderingen legge særlig vekt på muligheten for avhjelp.

Meland⁶⁵ reiser i sin kommentarutgave spørsmålet om hvordan man klassifiserer andre forhold enn de som er positivt nevnt i kontrakten. Han drøfter for eksempel det tilfellet at selger stopper arbeidene uten saklig grunn. Dette skal da vurderes under reglene for antesipert mislighold. Eller uautorisert bruk av underleverandør, som i konkrete tilfeller skal kunne klassifiseres som forsettlig mislighold. For vurderingen av det alminnelige vesentlighetskravet⁶⁶ ved heving i relasjon til skipsbyggingskontrakter, skriver Meland følgende⁶⁷:

Vesentlighetskravet må tolkes strengt. Vurderingen av om mangelen er vesentlig må bero på en helhetsvurdering, hvor blant annet mulighetene til å utbedre mangelen må tas i betraktning. Skipet vil i de aller fleste tilfeller være tilvirket spesielt for kjøperens behov og etter kjøperens ønsker. Det vil ofte kunne være særdeles vanskelig for Verkstedet å foreta dekningsalg av et slikt spesialbygget skip. Da har Verkstedet en særlig interesse i og behov for at Kjøperen overtar Skipet, og det bør stilles strengere krav enn i andre forhold til at mangelen skal anses som vesentlig. Kjøpers forutsetninger for bestilling av Skipet må svikte, og kjøpet som sådan

⁶³ Kjl. § 39.

⁶⁴ Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 91.

⁶⁵ Skipsbygging 2006 side 180-181.

⁶⁶ Kjl. § 39.

⁶⁷ Skipsbygging 2006 side 180-181.

må anses forfeilet før man kan tenkes å tillate slik heving på grunn av den store konsekvens dette vil få for Verkstedet ved at Skipet ikke blir levert. Kjøper kan som et alternativ kompenseres ved prisavslag eller erstatning for det økonomiske tap han lider som en følge av at Skipet har mangler, men hvor hevingsadgangen ikke er tilgjengelig. Utover de tilfeller hvor Kontrakten selv anviser rett for kjøper til å heve, bør denne sanksjon derfor ikke tillates. Man må slik legge til grunn at Skip 2000 uttømmende regulerer de tilfeller hvor heving kan foretas.

Konklusjonen til Meland er ikke helt lett tilgjengelig. Først skriver han at «Kjøpers forutsetninger for bestilling av Skipet må svikte, og kjøpet som sådan må anses forfeilet før man kan tenkes å tillate slik heving på grunn av den store konsekvens dette vil få for Verkstedet ved at Skipet ikke blir levert». Men drøftelsen avsluttes med følgende konklusjon: «Man må slik legge til grunn at Skip 2000 uttømmende regulerer de tilfeller hvor heving kan foretas». Hvorvidt Meland mener at kjøper skal ha krav på heving eller ikke utenfor de tilfellene som er regulert i kontrakten, må etter dette regnes som usikkert⁶⁸⁶⁹.

Bakgrunnsretten⁷⁰ operer imidlertid med en klar regel om at også tilvirkningskjøp skal kunne heves, riktig nok med en hevet terskel for heving. En avskjæring av hevingsretten i skipsbyggingskontrakter⁷¹, må etter min oppfatning baseres enten på en forutsetning i Skip 2000 om at den uttømmende skal regulere tilfellene der kjøper har krav på heving, eller på reelle hensyn relatert til spesielle forhold ved skipsbyggingskontrakten (som for eksempel de potensielt store følgene for selger). Det er etter min oppfatning ikke grunnlag for et utgangspunkt om at man leser de positive bestemmelsene i Skip 2000 antitetisk. En slik avskjæring ville være et, etter bakgrunnsretten, sterkt inngrep i de beføyelser kjøper har til rådighet. Dersom det var meningen å avskjære hevingsadgangen i alle andre tilfeller enn de som er regulert, hadde det vært enkelt å ta inn en bestemmelse om dette og dersom partene skulle ønske å avskjære

⁶⁸ Men dette er med forbehold for de tilfellene selgeren forgjeves forsøker å avhjelpe en vesentlig mangel uten at dette lar seg gjøre, jfr. avgjørelsen i ND 1979 s.231 Wingull.

⁶⁹ Alternativet blir å gi kjøper rett på et prisavslag etter analogi fra bestemmelsene om dette i Artikkel VII nr. 4 bokstav (d).

⁷⁰ Se ovenfor.

⁷¹ Utenfor de kontraktsfestede områdene.

hevingsadgangen i sitt forhold, har de all mulighet til å avtale det. Konsekvensene for selger vil man kunne ta hensyn til i hevingsvurderingen i det konkrete tilfelle, slik at dette hensynet ikke kan begrunne en prinsipiell avskjæring av hevingsadgangen.

2.6 Kjøpers mislighold av betalingskrav⁷² og vederlagsforpliktelsen

2.6.1 Innledning

I dette punktet skal jeg gjøre rede for rettsvirkningene av kjøpers mislighold av vederlagsforpliktelsen. Spørsmålet er aktuelt fordi det her er snakk om virkningen av at selgeren har bragt vederlagskravet til forfall, uten at kjøperen betaler, typisk fordi han mener at han ikke er forpliktet til å motta oppfyllelsen.

2.6.2 Vilkår for mislighold av vederlagsforpliktelsen

Vilkårene for kjøperens plikt til å betale vederlaget er gjennomgått ovenfor i punkt 2.3.3. og det er klart at plikten oppstår der selgeren har gjort skipet klart for levering, det vil si at oppfyllelsestilbudet er presentert, og selgeren har sendt notis som kjøper har mottatt. For at kjøperen da skal kunne fri seg fra betalingsplikten må han enten ha avvisnings- eller hevingsrett. Jeg kommer i det følgende til å forutsette at han ikke har hverken avvisnings- eller hevingsrett.

2.6.3 Virkninger av mislighold av vederlagsforpliktelsen

Dersom kjøper ikke betaler vederlagskravet når han er forpliktet til det, inntreder det mislighold etter Artikkel XII nr. 2. Selgeren har da mulighet til å kansellere⁷³ kontrakten og kreve erstatning⁷⁴.

⁷² I slutten av dette punktet behandler jeg også kjøpers mislighold av betalingskravene, se punkt 2.6.5.

Erstatningen omfatter de tap som er forårsaket av kanselleringen⁷⁵. Det er forutsatt i teorien at denne bestemmelsen samsvarer med kjl § 67, som gjør den misligholdende part ansvarlig for hele tapet til den annen part, forutsatt at dette står i faktisk årsakssammenheng med betalingsmisligholdet⁷⁶. Bestemmelsen medfører altså at selgeren har krav på å få dekket sin positive kontraktinteresse, som medfører at det må foretas en vurdering av differansen mellom den økonomiske forskjellen på den situasjonen selgeren nå er i, og den situasjon han ville vært i dersom kontrakten hadde vært oppfylt etter sitt innhold.

I det neste punktet skal jeg gjøre rede for omfanget av erstatningsplikten.

2.6.4 Omfanget av selgers erstatningsplikt

Ved at selger har krav på å få dekket sin positive kontraktinteresse, er hans vederlagskrav ved mislighold fra kjøpers side i utgangspunktet godt beskyttet. I den situasjon som er beskrevet ovenfor i punkt 1.1 er jo en forutsetning for oppgaven at skipet det gjelder er spesialbygget for kjøperen, slik at det har lav eller ingen verdi for andre, eller at markedet for denne typen skip har sunket siden kontraktinngåelsen, slik at skipet uansett har en lavere verdi enn kontraktsummen.

Uansett vil utgangspunktet for erstatningens omfang ved den positive kontraktinteressen, være forskjellen på den prisen som er avtalt med kjøperen og den prisen selgeren kan få for skipet ved dekningsalg på tidspunktet for kanselleringen. I tillegg til dette vil selgeren kunne kreve erstattet annet tap som står i årsakssammenheng med misligholdet også der det er en avledet følge av det, for eksempel utgifter til juridisk bistand eller tap som følge av driftsavbrudd⁷⁷. Denne typen tap er imidlertid

⁷³ Kanselleringsrett inntreffer når betalingsmisligholdet har vart i 21 dager, jfr. Artikkel XII nr. 2 bokstav (b)

⁷⁴ Artikkel XII nr. 2 bokstav (b)

⁷⁵ Artikkel XII nr. 2 bokstav (b) annet ledd.

⁷⁶ Meland, Skipsbygging 2006 side 185

⁷⁷ Meland, Skipsbygging 2006 side 186

ikke så interessant i vår oppgave, da det normalt vil være verdireduksjonen på skipet fra kontraktinngåelsen til kanselleringsstidspunktet som vil utgjøre den store posten.

I tråd med den alminnelige tapsbegrensningsplikten, vil selgeren der han er kreditor for erstatningskravet måtte tåle fradrag i erstatningen for de besparelser eller den fordel han oppnår når kontrakten faller bort og som han kan oppnå ved rimelige tiltak. Det medfører blant annet at selger må være forpliktet til å prøve å benytte seg av skipet på en eller annen måte, enten ved dekningsalg eller ved å benytte det til et annet prosjekt⁷⁸.

2.6.5 Kjøpers mislighold av betalingskravene

I dette punktet skal jeg raskt gjøre rede for vilkår for kjøpers mislighold av betalingskravene. Dette er de midlertidige⁷⁹ betalingskravene selgeren får krav på etter hvert som byggeprosessen skrider frem.

Vilkåret for at betalingskravet skal kunne misligholdes, er naturligvis at det er forfalt, og at selgeren ikke betaler. I Skip 2000 bringes betalingsforpliktelsene til forfall ved at selger sender notis etter Artikkel III nr. 3 som, med mindre bestemte betalingsdatoer er avtalt, bringer kravet til forfall 14 dager etter at kjøper fikk notisen. Bestemmelsene om forfall av de midlertidige betalingskravene forutsetter at nybygget faktisk har nådd det stadiet i byggeprosessen som utløser betalingskravet⁸⁰.

Dersom disse forutsetningene er nådd, vil betalingskravet forfalle og mislighold inntre dersom kjøperen ikke betaler. Virkningene av dette misligholdet er likt med virkningen av mislighold av vederlagsforpliktelsen^{81,82}, med det tillegg at selgeren ved mislighold

⁷⁸ Meland, Skipsbygging 2006 side 186.

⁷⁹ Jfr. Punkt 2.3.2

⁸⁰ Se Meland, Skipsbygging side 63

⁸¹ Se punkt 2.6.3 og 2.6.4

⁸² Artikkel XII nr. 2 bokstav (b)

av et betalingskrav, har rett til å stanse arbeidene, med mindre kjøper stiller sikkerhet for den omtvistede summen⁸³.

3 Ombyttingsretten – grunnlag og vilkår

3.1 Innledning

Det er denne delen av oppgaven som skal behandle ombyttingsretten som sådan. Punkt 3.2 kommer til å innlede med en plassering av ombyttingsretten i en kontraktsrettslig ramme. Her gjør jeg rede for det teoretiske bakteppet for ombytting under en skipsbyggingskontrakt. Sentralt i denne delen av oppgaven er begrepet kontraktmessig oppfyllelse relatert opp mot sontringen mellom individuelt og generisk angitte ytelser.

Så skal jeg foreta en gjennomgang av den voldgiftspraksis som foreligger om ombytting i punkt 3.3. Det varierer hva slags vurderinger som blir gjort der og det vil her bli tydelig at disse dommene inneholder vurderinger av ombyttingsretten som ikke nødvendigvis er enkle å forene med en sontring mellom individuelt og generisk bestemte forpliktelser. Som gjennomgangen av rettspraksis vil vise, er lojalitets- og tapsbegrensningsplikten til behandling i begge dommene, ikke bare som grunnlag for bortfall av kjøpers erstatningskrav, men til dels også som begrunnelse for å tillate en ombytting⁸⁴.

I punkt 3.4, skal jeg så gi en redegjørelse for de vilkår for ombyttingsretten som ble oppstilt i disse dommene og oppstille en konklusjon med hensyn til hvilke vilkår som gjelder for retten til å foreta en ombytting, ut fra de dommene som skal gjennomgås.

⁸³ Artikkel XII nr. 2 bokstav (a)

⁸⁴ Se mindretallsvotumet i ND 2001 side 526 Broström, punkt 3.3.2.4.

Som nevnt ovenfor har lojalitets- og tapsbegrensningsplikten en rolle i begge dommer om ombytting. Jeg skal derfor gi en samlet behandling av lojalitets- og tapsbegrensningsplikten relasjon til ombyttingsretten i punkt 3.5.

3.2 En rettslig plassering av ombyttingskravet

3.2.1 Innledende om kontraktens krav og prestasjonsanalysen

I dette punktet skal jeg forsøke å plassere ombyttingskravet eller substituttleveringen i en kontraktsrettslig ramme. Det er kontrakten som danner grunnlaget for de forpliktelsene som påhviler realdebitor. Det hører derfor med til oppgaven å presentere noen sentrale problemstillinger og begreper-/koblingsord som benyttes for å beskrive de forskjellige dimensjonene av en kontrakt.

Krüger presiserer kontraktens, fra debtors vinkel, tre dimensjoner på en god måte, og jeg gjengir den her⁸⁵:

På yder-siden kan vare- og tjenestekontraktens bebyrdende karakter presiseres i tre dimensjoner: (1) Positiv plikt til *handling eller unnlatelse*, sanksjonert ved tvang, erstatningsansvar eller andre beføyelser, (2) grunnlag for regler om *vederlagsopptjening eller vederlagsforspillelse* - eller (3) grunnlag for regler om *erstatningsansvar* ved forfeilet prestasjonerleggelse med økonomiske tap som følge.

For vårt formål holder det å slå fast at selgerens positive handlingsplikt i relasjon til hovedforpliktelsen her er å tilvirke og levere et skip i henhold til de tekniske spesifikasjoner og kvalitetskrav som er inntatt i kontrakten. I tillegg til å inneholde de tekniske spesifikasjonene og kvalitetskravene som stilles til skipet, finnes det også bestemmelser om hva som utgjør mislighold. Det er disse reglene som er bestemmende for hva som blir resultatet med hensyn til vederlagsopptjening- eller forspillelse.

⁸⁵ Kai Krüger, Norsk Kontraktsrett 1989 side 130.

I Skip 2000 er disse forholdene regulert i Artikkel IV nr. 2 til 5 som avgjør hvilke egenskaper skipet skal ha i fire forskjellige relasjoner: Fart, drivstofforbruk, dødvekt og kubikkapasitet. Dette utgjør noen av de fysiske kravene til skipet, og danner også grunnlaget for å vurdere om kjøpers levering utgjør et kontraktsbrudd, som igjen kan utløse misligholdsvirkninger: I Skip 2000 er systemet slik at kjøper har krav på prisavslag dersom skipet avviker fra det avtalte i noen av disse kategoriene. Og dersom avviket er stort nok, oppnår han kanselleringsrett, som vil utgjøre en total vederlagsforsspillelse for selger. Men det er klart at også andre avvik enn de som er regulert i Artikkel IV nr. 2 til 5 kan utgjøre mangler, så som dårlig utførte arbeider på skipet, eller manglende utstyr. Dette kan følge av bestemmelser i avtalen, eller av abstrakte vurderinger som gjøres som ledd i tolkningen av avtalen⁸⁶.

Men de innsigelser som er rettet mot substituttlevering i de to dommene som skal gjennomgås nedenfor, relaterer seg (i hovedsak) ikke⁸⁷ til forhold som slik ligger innenfor den positive rammen av kontrakten. Som det vil fremgå av gjennomgangen nedenfor, har voldgiftsretten ikke vurdert kontraktens bestemmelser om kravene til ytelsen og sammenholdt dette med det presterte, som er den normale fremgangsmåte for å konstatere mislighold⁸⁸. I *Factorias v. Arrow III* er det tydelig at det blir foretatt rettslige vurderinger av det tilbudte oppfyllelsesobjektet som ligger utenfor det man kan kalle rammene av kontrakten. Det er ikke med dette sagt at de vurderingene som gjøres ligger utenfor det man kan kalle avtaletolkning, da de abstrakte vurderinger som gjøres absolutt er et ledd i tolkningen. Det er dette jeg skal gjøre rede for i det følgende.

Det er normalt gjennom en tolkning av kontrakten at man kommer frem til hva som skal presteres⁸⁹. Et vanlig begrep for å betegne den prosessen man gjennomfører når man

⁸⁶ Hva slags kontraktbruddsvirkninger slike mangler skal få faller utenfor poenget i dette punktet og vurderes for seg selv der spørsmålet dukker opp.

⁸⁷ Vilkåret om teknisk ekvivalens peker imidlertid på forhold som ligger innenfor kontrakten, skipets tekniske standard. Men det var ikke i noen av dommene påpekt konkrete avvik som ville utgjøre en mangel (med mulig kanselleringsrett) etter kontraktens positive bestemmelser om dette, se Skip 2000 Artikkel IV nr. 2 til 5.

⁸⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* 2003 side 315.

⁸⁹ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* 2009 side 124.

skal finne frem til hva som er kontraktsforpliktelsen, er *prestasjonsanalyse*⁹⁰. Resultatet av en prestasjonsanalyse kan for eksempel være at man sammenholder kravene til skipets drivstofforbruk med hva det faktisk forbruker, og ut fra dette resultatet konstaterer mislighold⁹¹, dvs. at det presterte ikke svarer til kontrakten. Men prestasjonsanalysen kan også fordre at man gjennomfører andre vurderinger av oppfyllelsesobjektet, som kan anta en mer abstrakt form: Under prestasjonsanalysen kan det høre å avgjøre om forpliktelsen til debitor er individuelt eller generisk bestemt. Denne sontringen er relevant, fordi man knytter rettslige konsekvenser til den, blant annet, og som er viktigst i vår sammenheng, når det kommer til å avgjøre hva debitor må prestere for å oppfylle kontrakten.

I det følgende skal jeg redegjøre for sontringen mellom individuelt- og generisk angitte forpliktelser og hvordan denne sontringen kan ha betydning for muligheten til å foreta en ombytting under en skipsbyggingskontrakt. Allerede her kan jeg imidlertid antyde hovedregelen om at en ombytting av en individuelt bestemt forpliktelse, normalt nok ikke kan finne sted, jfr. neste punkt.

3.2.2 Betydningen av sontringen mellom individuelt- og generisk bestemte forpliktelser.

En sontring innenfor kontraktsforpliktelser er mellom individuelt- og generisk bestemte forpliktelser. Dersom forpliktelsen er bestemt etter art, sier vi at den er generisk. Sontringen referer til debtors valgfrihet med hensyn til oppfyllelsesobjekt. Dersom ytelsen, eller oppfyllelsesobjektet er bestemt etter art, har debitor teoretisk sett en ubegrenset valgfrihet med hensyn til oppfyllelsesgjenstand så lenge den svarer til den aktuelle artsbestemmelsen. Ved de individuelt bestemte forpliktelser, må debitor derimot oppfylle med akkurat den ytelsen som er angitt i kontrakten⁹² og har følgelig

⁹⁰ Se f.eks. Kai Krüger, Norsk Kontraktsrett 1989 side 130 og Haaskjold, Kontraktsforpliktelser 2002.

⁹¹ Forutsatt at de øvrige vilkår for å konstatere mislighold er til stede, så som at misligholdet ikke skyldes forhold som er kreditors risiko.

⁹² Hagstrøm, Obligasjonsrett 2009 side 119.

ingen frihet med hensyn til oppfyllelsesobjekt, da denne ytelsen enten er av unik eller identifisert karakter⁹³.

Mens sontring mellom generisk og individuelt bestemt referer til forpliktelsen, referer beskrivelsen «fungibel» til selve ytelsen. En fungibel ytelse kjennetegnes ved sine artsmerker og forutsettes å være likeverdig med en annen av samme art⁹⁴. Mens en generisk bestemt forpliktelse kun kan omfatte fungible ytelser, kan fungible ytelser være gjenstand for individuelt bestemte forpliktelser, for eksempel ved salg av en bestemt del av selgerens varelager. Men det finnes også halvgenerisk bestemte forpliktelser og dette kan for eksempel være tilfellet der selve ytelsen er fungibel, men debtors frihet til å velge oppfyllelsesobjektet er begrenset til en bestemt kilde eller parti.

Hvilken betydning har så dette for selgerens anledning til å levere substitutt?

For det første må det innledningsvis kunne slås fast at dersom oppfyllelsesobjektet under en skipsbyggingskontrakt må regnes for å være en individuelt bestemt forpliktelse, så vil selgeren etter tradisjonell kontraktsrett ikke kunne oppfylle avtalen med noe annet enn akkurat det angitte skipet. Individuelt bestemte forpliktelser kan bare oppfylles med den gjenstanden som er individualisert i avtalen, og kreditor er ikke forpliktet til å motta noe annet, selv om det tilbudte i alt vesentlig har samme egenskaper som den avtalte ytelse⁹⁵⁹⁶. Og motsatt: Dersom selgerens forpliktelse under skipsbyggingskontrakten må regnes for å være generisk bestemt, skulle han som utgangspunkt stå fritt med hensyn til å velge hvilket skip han ønsker å oppfylle med.

En kompliserende faktor for denne fremstillingen er at forpliktelsen det er snakk om i denne oppgaven, er et tilvirkningskjøp, og det er i teorien ikke foretatt noen endelig

⁹³ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser 2002 side 213.

⁹⁴ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser 2002 side 212.

⁹⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003 side 119.

⁹⁶ Se for eksempel sjøloven § 323 som bestemmer at der befraktningsavtalen gjelder et bestemt skip, vil bortfrakteren ikke kunne oppfylle med et annet, med mindre avtalen eksplisitt gir rett til dette.

klassifikasjon av disse i relasjon til kategoriene som er oppstilt ovenfor. Om dette skriver Hagstrøm⁹⁷:

For tilvirkningskjøp er grensene uklare og omtvistelige. Det kan enten legges vekt på produktutformingen ved at det anses avgjørende hvorvidt det tilvirkede er en masseartikkel eller har et individuelt preg, eller på innsatsfaktorene, slik at det blir bestemmende hvorvidt produsenten skal benytte bestemte materialer utvalgt av bestilleren eller står fritt i materialvalget.

Denne oppstillingen gir begrenset veiledning når det kommer til å plassere de skipene som er omtalt i denne oppgaven. Det første kriteriet, produktutformingen vil kunne variere. Å kalle skip som blir bygget etter så detaljerte og individuelle spesifikasjoner og tegninger⁹⁸ for en masseartikkel, vil være kunstig. Men forutsetningen i oppgaven er at det foreligger *søsterskip* som er identiske eller tilnærmet identiske. I Factorias v. Arrow III forelå det fire nærmest identiske skip, med like funksjoner og bruksområder, slik at det ene skipet godt kunne vært skiftet ut med det andre. Dersom vurderingen konsentreres om innsatsfaktorene, kan det slås fast at i en skipsbyggingskontrakt vil iallfall enkelte materialvalg gjerne bestemmes av kjøperen⁹⁹. Men når det foreligger flere identiske skip, vil også dette momentet komme i bakgrunnen.

I det hele er de vurderingstemaer som er nevnt ovenfor ikke helt velegnet til å vurdere hva slags forpliktelse som hviler på selgeren etter en skipsbyggingskontrakt. Spørsmålet er da hvordan man skal gå frem? Fremgangsmåten i de to dommene varierer som jeg skal vise nedenfor i de neste punkter.

3.3 Voldgiftpraksis om ombytting

⁹⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003 side 119.

⁹⁸ Meland, Skipsbygging 2006 side 42-43.

⁹⁹ Meland, Skipsbygging 2006 side 43.

3.3.1 Innledning

Jeg skal gjøre rede for de to dommene om ombygging som er behandlet etter norsk rett: *Broström v. Factorias*¹⁰⁰ og *Factorias v. Arrow III*. Jeg skal forsøke å gjøre redegjørelsen kort, og skal kun beskrive de viktigste deler av faktum. Detaljer fra dommene som er utelatt i denne innledende presentasjonen vil dukke opp senere i oppgaven der de er relevante. Dommene belyser sentrale problemstillinger i oppgaven, relatert til ombygging av skip: Det de to dommene har til felles er at de begge tar stilling til om verftet hadde rett til å oppfylle kontrakten med rederiet ved å bytte ett skip med et annet. Dette er den problemstillingen jeg ovenfor i punkt. 1.1 har kalt spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse. Det tradisjonelle svaret på dette spørsmålet har som nevnt¹⁰¹ vært at verftet ikke kan foreta ombygging under en skipsbyggingskontrakt, men må levere det byggenummeret som er fastsatt i kontrakten¹⁰². Denne oppfatningen er imidlertid ikke helt bastant og begge dommene drøfter vilkår for en eventuell ombygingsrett. Tilnærmingsmåten er imidlertid ikke lik. I ND 2001 side 526 *Broström v. Factorias*, drøfter voldgiftsretten kun vilkår for en ombygingsrett, uten å foreta en slik analyse som jeg har beskrevet i Punkt 3.2 og 3.2.1. Her er forskjellen til *Factorias v. Arrow III* påtagelig da sistnevnte behandler tematikken om individuelt- og generisk bestemte forpliktelser når de tar stilling til muligheten for ombygging.

Jeg skal behandle dommene og de problemstillingene de reiser hver for seg i henholdsvis punkt 3.3.2 og punkt 3.3.3. Så skal jeg, basert på de to dommene, gi en oppstilling av de vilkårene som blir lagt til grunn i voldgiftspraksisen i punkt 3.4

3.3.2 *Broström v. Factorias*

¹⁰⁰ ND 2001 s. 526.

¹⁰¹ Se punkt. 1.1 og punkt. 1.3.

¹⁰² Meland, *Skipsbygging* 2006 side 42 som også er henvist til i både *Broström v. Factorias* og *Factorias v. Arrow III*.

3.3.2.1 Innledning

I den første avgjørelsen, *Broström v. Factorias*, hadde selger (*Factorias*) og kjøper (*Broström*) inngått avtale om bygging og levering av to skip, 476 og 475. Det var bare mindre forskjeller mellom skipene. På grunn av forsinkelser hos selger, ble kontrakten for 475 kansellert av kjøper. Senere forsinkelser hos selger gjorde det også umulig for dem å levere 476 innen kanselleringsfristen. Selger fremsatte da flere forslag, hvor essensen kan beskrives som at 475 skulle leveres som oppfyllelse av kontrakten for 476. Dette ble ikke godtatt av kjøper, som kansellerte kontrakten for 476 basert på antasert forsinkelse og krevde erstatning for negativ kontraktsinteresse,¹⁰³¹⁰⁴ det vil si at kjøper ønsket erstattet de utgifter de hadde hatt i forbindelse med kontrakten, i motsetning til positiv kontraktinteresse, som er erstatning for at avtalen faller bort. I denne saken var kravet på SEK 15 millioner og utgiftene var pådratt bl.a. fordi kjøper hadde kjøpt en valutaopsjon for å sikre seg mot svingninger i den avtalte oppgjørsv valutaen. Spørsmålet i saken var altså om vilkårene for kjøpers erstatningskrav var oppfylt.

Selgers anførsler i voldgiftsbehandlingen var prinsipalt at kjøper var forpliktet til å ta 475 som oppfyllelse av kontrakten for 476, idet selger hadde fremsatt et klart tilbud om ombytting, samtidig som 475 var ekvivalent med 476, eller kunne bli det innen leveringsfristen. Anførselen medfører at kjøper ikke hadde rett til å kansellere kontrakten når det forelå et tilbud om rettidig levering av et ekvivalent substitutt, det vil si at substituttet etter selgers oppfatning utgjorde kontraktsmessig oppfyllelse av byggekontrakten. Denne betraktningen ligger også til grunn for selgers motsøksmål som også var basert på kjøpers unnlatelse av å akseptere 475 som oppfyllelse av kontrakten: Som en konsekvens av denne unnlatelsen krevde selger erstattet det rentetapet de led

¹⁰³ Verftet hadde opprinnelig krevd erstatning for den positive kontraktsinteresse, men endret senere dette og baserte det på den negative kontraktsinteresse. Mindretallet i dommen mener dette kan tyde på at rederiet egentlig ikke hadde lidd noe tap ved bortfallet av den opprinnelige kontrakten (side 19).

¹⁰⁴ Det kan fremstå som noe kuriøst at kjøper krever, og får, erstatning for negativ kontraktsinteresse ved kansellering basert på mislighold av hovedforpliktelsen under en gyldig kontrakt, uten at verken partene eller voldgiftsretten problematiserer årsakssammenhengen mellom unnlatelsen av å levere skipet i tide og det økonomiske tapet som har oppstått. Spørsmålet er imidlertid ikke viktig i vår sammenheng.

ved at de ikke fikk vederlaget på den datoen som var fastsatt i kontrakten med kjøper, men først på et senere tidspunkt ved salg til en annen kjøper.

Subsidiært ble det gjort gjeldende at kjøper ikke overholdt sin tapsbegrensningsplikt ved ikke å ta 475 som levering av 476 og at erstatningskravet av denne grunn ikke kunne føre frem.

3.3.2.2 Selgers prinsipale anførsel og rettens vurdering

Jeg skal først forklare litt nærmere betydningen av selgers prinsipale anførsel, samt gjøre raskt rede for selgers argumentasjon.

Som det fremgår, reiser selgers prinsipale anførsel spørsmålet om kontrakten kan oppfylles ved ombytting. Dersom 475 er et oppfyllelsestilbud som kjøper plikter å motta under kontrakten for 476, vil det ikke foreligge noe mislighold på selgers side og det vil da heller ikke være grunnlag for noe erstatningskrav. Dersom selger får medhold i denne anførselen, skulle det presumptivt også foreligge grunnlag for motsøksmålet¹⁰⁵: Dersom kjøper plikter å ta oppfyllelse av 475, vil kjøpers kansellering være urettmessig og selger kan kreve erstatning for dette¹⁰⁶.

Det sentrale spørsmålet i saken var dermed hvorvidt kontrakten for 476 kunne oppfylles med 475, dvs. spørsmålet som er angitt som spørsmålet om kontraktsmessig oppfyllelse ovenfor i punkt 1.1.

Selger erkjente at det rettslige utgangspunktet er at kjøper har krav på å få levert det avtalte og spesielt tilvirkede skip med angitt byggenummer, men mener at denne hovedregelen ikke kommer til anvendelse i denne saken¹⁰⁷. Selger påberopte seg

¹⁰⁵ Motsøksmålet gjaldt rentetapet selger led ved at skipet ikke ble overtatt og betaling ikke foretatt på leveringsdatoen avtalt med kjøper, men først på et senere tidspunkt ved salg til en annen kjøper.

¹⁰⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett 2003 side 508. Jfr. også Rt. 1983 s. 205 hvor det slås fast at mislighold som skyldes en uriktig rettsoppfatning vanligvis må føre til erstatningsplikt, se side 212 i dommen.

¹⁰⁷ ND 2001 s. 526 side 10.

juridisk teori¹⁰⁸, som åpner for ombytning når det dreier seg om identiske skip. Selger anførte at 475 og 476 var identiske skip eller kunne blitt det innen leveringsfristen.

Voldgiftsretten tar i denne dommen ikke prinsipielt stilling spørsmålet om en skipsbyggingskontrakt gjelder en individuelt bestemt ytelse, men kom til det følgende med hensyn til selgers rett til å levere 475 som 476:

Voldgiftsrettens flertall innleder med å fastslå at selger for å nå frem med sin anførsel både må vise at det forelå en substitusjonsrett og at denne ble tilstrekkelig klart påberopt¹⁰⁹. Dette klarte selger ikke. I konklusjonen kommer voldgiftsrettens flertall til at det aldri ble fremsatt noen erklæring til kjøper om at man påberopte seg rett til å levere 475 som substitutt for 476¹¹⁰. Dette skyldtes flere forhold: For det første tilkjennega ikke selger på en tilstrekkelig tydelig måte at de *krevde* rett til å levere 475 som kontraktsmessig oppfyllelse¹¹¹. Og for det andre var ikke vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens mellom substituttet (475) og det opprinnelig avtalte skipet (476) tilfredsstillt¹¹².

Voldgiftsretten oppstiller altså tre kumulative vilkår for at ombyggingen skal kunne skje: Først må selger tilkjennegi på en tilstrekkelig tydelig måte at han krever rett til å foreta substituttlevering. Og så må det foreligge teknisk og kommersiell ekvivalens mellom substituttet og det opprinnelig avtalte skipet. Disse vilkårene var ikke oppfylt.

¹⁰⁸ Jeg har ikke vært i stand til å finne den teorien verftet her viser til, da den må være fra før 2001. Etter 2001, er imidlertid juridisk teori åpen for muligheten, med henvisning til denne dommen (ND 2001 s. 526). Se Meland, Skipsbygging 2006 side 42.

¹⁰⁹ ND 2001 s. 526 på side 14.

¹¹⁰ ND 2001 s. 526 på side 16.

¹¹¹ ND 2001 s. 526 på side 15, avsnitt 8.

¹¹² Dette skyldtes at det for 476 var avtalt at skipet skulle være utstyrt med annet materiell enn 475. En endring av 475 for å få dette likt ville koste USD 2,9 millioner og tilbudet om ombygging ikke omfattet å gjennomføre de endringene som ville være nødvendige for at de to skulle bli like i denne sammenheng. I tillegg hadde verftet tidligere påberopt seg en omstridt endringsavtale som omfattet en leveringsbonus på USD 400.000. Voldgiftsretten fant at denne avtalen aldri trådte i kraft og verftets krav på bonus ved levering av substituttet bidro da til at tilbudet ikke var ekvivalent.

Det er de siste vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens som er det sentrale for ombyttingsretten. Det første vilkåret, om at selger må tilkjenne på en tilstrekkelig tydelig måte at han krever rett til substituttoppfyllelse, er et vilkår som angår selve ombyttingserklæringen. Kravet om ekvivalens angår derimot materielle forhold ved oppfyllelsestilbudet (skipet) og dette vilkåret blir også fulgt opp i den neste dommen om ombytting, *Factorias v. Arrow III*. Jeg skal behandle innholdet i vilkårene samlet i punkt 3.4.

3.3.2.3 Selgers subsidiære anførsel og rettens vurdering

Den subsidiære anførselen er at erstatningskravet fra kjøper ikke kan føre frem, fordi kjøper ikke har overholdt sin tapsbegrensningsplikt ved ikke å ta 475.

Når voldgiftsrettens flertall vurderer kjøpers tapsbegrensningsplikt tar den utgangspunkt i kjl. § 70 og skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2. som setter som begrensning at tiltakene må være rimelige. Flertallet foretar en sammenstilling av den totale kontraktssummen kjøper måtte ha betalt for 475 under 476-kontrakten, som beløp seg til USD 27 millioner og størrelsen av det tapet¹¹³ som skulle begrenses, ca. SEK 15 millioner. Med hensyn til den konkrete vurderingen uttaler voldgiftsrettens flertall følgende¹¹⁴:

Ved vurderingen av Broströms tapsbegrensningsplikt må man se hen til størrelsen av det tap som et dekningskjøp skulle ha til formål å begrense. Våren 2000 hadde som nevnt [kjøper] gitt uttrykk for at deres tap var over USD 5 millioner. I oktober 2000 var kravet redusert til ca. SEK 15 millioner, og flertallet finner det riktig å legge sistnevnte beløp til grunn.

Hvorvidt USD 27 millioner samsvarte med skipets markedsverdi våren 2000, blir ikke avgjørende i og med at et dekningskjøp¹¹⁵ i denne størrelsesorden etter flertallets mening

¹¹³ «Tapet» er her kjøpers erstatningskrav som følge av misligholdet.

¹¹⁴ ND 2001 s. 526 side 17 avsnitt 6 og 7.

¹¹⁵ Flertallet omtaler muligheten for ombytting som et dekningskjøp, uten at det er klart hva som ligger i det.

uansett ikke med rimelighet kan kreves når det tap som skal begrenses ikke er mer enn ca. 15 SEK millioner.

Flertallets vurdering av om tiltakene er rimelige jfr. kjl. § 70 og skl. § 5-1 nr. 2 beror altså på en sammenstilling av tiltaket selgeren anfører at kjøperen plikter å foreta: Å overta 475 mot det avtalte vederlaget for 476, og det tapet som skal unngås: Kjøpers negative kontraktinteresse (som nå kreves erstattet).

I dette tilfellet var «tiltaket», altså overtakelsen av skipet, for kostbart i forhold til det tapet som skulle unngås. Flertallet ser ut til å forutsette at vurderingen kan bli en annen der forholdet mellom de to er annerledes. Vurderingen forutsetter at «tiltaket» som er aktuelt som handling for å begrense tapet er å overta skipet med oppfyllelseavvirkning med hensyn til vederlagsopptjeningen. Dette reiser spørsmålet om hvilken prinsipiell forskjell det er på innholdet av denne tapsbegrensningsplikten og den prinsipale anførselen om at kjøper var forpliktet til å ta 475 som kontraktmessig oppfyllelse. Dette spørsmålet skal jeg behandle nærmere i punkt 3.5.2.

3.3.2.4 Mindretallets vurdering

Mindretallet kom til et annet resultat, og tilsynelatende behandler det både den prinsipale anførselen om at kjøper plikter å ta substituttet som kontraktmessig oppfyllelse og den subsidiære anførsel om at erstatningskravet måtte falle bort som følge av tapsbegrensningsplikten, under ett¹¹⁶.

Mindretallet viser til at selger visste at de ikke ville klare å ferdigstille 476 innen kanselleringsfristen, men ikke om kjøper ville godta en fristutsettelse. Videre var selger klar over at kjøper var interessert i 475, men ikke om de faktisk ville kjøpe det¹¹⁷.

¹¹⁶ «Mindretallet, Bull, ser annerledes på forhold knyttet til substitusjonsretten og tapsbegrensningsplikten».

¹¹⁷ Kjøper hadde gitt uttrykk for at de nok ville ha skipet, men at de ikke ønsket det levert under kontrakten for 476, men derimot som en ny kontrakt med en pris som var attraktiv i markedet på det tidspunktet, se Broström v. Factorias side 4, avsnitt 11.

Selger risikerte dermed, om de fortsatte byggingen av 476, ikke å få levert hverken 476 eller 475¹¹⁸¹¹⁹.

I denne situasjonen var det naturlig og riktig¹²⁰ at selger forsøkte å få avklart hvordan partene best mulig kunne rydde opp i forholdet.

Selger hadde da også fremsatt to tilbud: Enten ta 475 nå som oppfyllelse av kontrakten for 476, eller godta utsatt leveringsfrist for 476¹²¹. Selv om det forelå usikkerheter rundt de to tilbudene fra selger, pliktet kjøper etter mindretallets oppfatning å opptre lojalt overfor selgeren ved å bidra til avklaring¹²².

Selv om forsinkelsene skyldtes selger, pliktet kjøper i den situasjon som var oppstått, alene og sammen med selger, å søke å begrense det tap som måtte oppstå som følge av det antesiperte misligholdet¹²³. Denne plikten knytter seg både til det samlede tap og til kjøpers eget tap.

Med hensyn til selve tilbudet om substitusjon og hvorvidt dette var likeverdig med den opprinnelige avtalen, legger mindretallet til grunn at de to tekniske forhold som skillet 475 fra 476 kunne avhjelpes for en pris på USD 2,9 millioner innen leveringsfristen for 476¹²⁴ og at selger ville være i stand til å skaffe midler til veie for å gjennomføre dette¹²⁵, slik at kjøperen ikke ville bli nødt til å betale for dette. Man da kunne oppnå likeverdighet innen leveringsfristen.

¹¹⁸ Side 18, avsnitt 1.

¹¹⁹ 475 var som nevnt ovenfor allerede kansellert. Dersom selger da skulle fortsette å investere i å bygge ferdig 476, men ikke rekke dette innen kanselleringsfristen, ville selger bli sittende med to skip som de ikke fikk solgt.

¹²⁰ Side 18 avsnitt 2.

¹²¹ Side 18 avsnitt 2.

¹²² Side 18 avsnitt 3.

¹²³ Side 18 avsnitt 4.

¹²⁴ Side 18 avsnitt 6.

¹²⁵ Side 18 avsnitt 6.

Tapsbegrensningsplikten til kjøperne medførte etter mindretallets oppfatning at de måtte gå inn i diskusjoner med selger om å finne en løsning på spørsmålene¹²⁶. Dette gjorde kjøper ikke. Mindretallet forstår kjøpers respons på selgers tilbud om en ombytting som en avvisning av selve prinsippet om substitusjon i motsetning til en antydning om at tilbudet var uinteressant på grunn av uklarheter i vilkårene¹²⁷.

Mindretallet viser også til kjøpsloven § 36 om omlevering og uttaler følgende om bestemmelsen¹²⁸:

I denne forbindelse finner mindretallet det riktig å minne om at de lovregler vi har om levering ikke direkte dekker den situasjonen vi her står overfor. Kjøpsloven § 36 (1) om bl.a. rett til omlevering knytter seg til mangler, og ikke til forsinkelse, som er forholdet her. Fordi det er snakk om et tilvirkningskjøp, og fordi situasjonen reelt sett har klare likhetstrekk med en omlevering som følge av mangel, finner mindretallet det imidlertid både naturlig og hensiktsmessig å anvende prinsippene om omlevering i vår situasjon, uten nødvendigvis å følge kjøpslovens regulering i alle detaljer. Mindretallet ser altså «omleveringen» først og fremst som en tapsbegrensningsmulighet, som rederiet pliktet å benytte seg av hvis det – slik det fastholdt etter 2. mars 2000 – virkelig mente alvor med at det ønsket 476 levert.

Mindretallet peker så på at kjøper, ved å akseptere substituttet som «ledd i en tapsbegrensningsplikt», ville ha fått oppfylt sitt krav etter byggekontrakten og det ville da ikke vært rom for noe erstatningskrav¹²⁹.

I oppsummeringen¹³⁰ kommer mindretallet til at dersom kjøper hadde forholdt seg lojalt til selgers forslag, hadde det ikke oppstått noe tap under kontrakten for 476. Det er da ikke grunnlag til å gi kjøper erstatning.

¹²⁶ Side 18 avsnitt 5.

¹²⁷ Side 18 avsnitt 6.

¹²⁸ Side 18 siste avsnitt og 19 første avsnitt.

¹²⁹ Side 19 avsnitt 2.

¹³⁰ Side 19 avsnitt 3.

Mindretallets votum er basert på en forutsetning om at selger, dersom kjøper hadde forholdt seg lojalt til selgers tilbud om ombytting, ville klart å prestere et ekvivalent substitutt innen kanselleringsfristen for 476. Dersom selger kunne presentert et ekvivalent substitutt ville dette da presumptivt ha utløst oppfyllelsesvirkninger, slik at det ikke ville vært grunnlag for noe mislighold på selgers side, dette gjøres helt klart av at mindretallet forutsetter at kjøperen ved å akseptere 475 som oppfyllelse under kontrakten for 476, *ville ha fått oppfylt sitt krav etter byggekontrakten*¹³¹.

Mens flertallet i denne dommen skilte mellom vurderingen av ombyttingsretten, og vurderingen av tapsbegrensningsplikten, behandler mindretallet dette under ett. Tapsbegrensningsplikten angår normalt hvilke tiltak kjøper plikter å treffe for å begrense det tapet som oppstår som følge av misligholdet, og ikke hva slags ytelse kjøper plikter å motta under kontrakten¹³². I den neste dommen jeg skal behandle, inntar voldgiftsretten en mer tradisjonell holdning til disse spørsmålene som skal gjennomgås nedenfor.

3.3.3 Factorias v. Arrow III¹³³

3.3.3.1 Innledning

En annen viktig avgjørelse på området er Factorias v. Arrow III. Factorias er verftet og selger, mens Arrow III har kjøpt et skip med skrognnummer 533. Skipet skal bygges ved Factorias verft i Juiliana i Gijon. De vesentlige fakta i saken er som følger:

¹³¹ Side 19 avsnitt 2

¹³² Jfr. Det skillet jeg introduserte i innledningen i punkt. 1 om at hva som utgjør kontraktmessig oppfyllelse normalt ikke bestemmes av de samme normene som avgjør hvilke skritt en kjøper plikter å ta for å begrense sitt tap i erstatningsomgangen.

¹³³ Denne dommens vurdering av selgerens rett til ombytting kan deles i to: Den første delen er en prestasjonsanalyse som forsøker å klassifisere oppfyllelsesobjektet under skipsbyggingskontrakten etter de linjer som er trukket opp i punkt 3.2 og 3.2.1. Den andre delen av dommen inneholder en drøftelse med utgangspunkt i fler- og mindretallsvotaene fra Broström v. Factorias (gjennomgått ovenfor). Som det fremgår av underpunktene velger jeg å dele opp dommens behandling etter disse linjer. Dette grepet er gjort for å redusere den mengden domsreferater leseren skal behøve å forholde seg til på en gang.

Arrow III og tre andre datterselskaper av Arrow inngikk kontrakter med Vulcanos om bygging av fire tilnærmet identiske skip. Arrow III skulle ha skipet med skrognnummer 533, mens Arrow II skulle ha skipet med skrognnummer 532. Byggingen av hvert av skipene er underlagt selvstendige byggekontrakter underlagt norsk rett.

Kontraktsstrukturen var preget av at partene forsøkte å dra nytte av en spesiell spansk skatteordning, slik at de forskjellige skipene formelt var eiet av spanske investeringsbanker, men slik at Arrow III satt på alle rettigheter og forpliktelser overfor selger.

Arrow III sluttet et tidscerteparti på 533 før ferdigstillelse med WesternGeco¹³⁴ som befrakter. Tidscertepartiet hadde en varighet på 2 år og skulle etter dette selges til WGs datterselskap, SSI. Tidscertepartiet var underlagt engelsk rett. Selger ble imidlertid plaget med gjentatte forsinkelser og for 532 ble forsinkelsene så store at det inntrådte kanselleringsrett for Arrow II.

Den 6.3.2009 ønsket selger å foreta en ombytting av skipene med skrognnummer 532 og 533, dvs. levere 532 til Arrow III som 533, etter å ha gjort de endringer selger oppfattet som nødvendige¹³⁵ med skipet slik at det ble slik som kontrakten om 533 foreskrev.

Situasjonen på dette tidspunktet var den at kansellering for 533 kunne gjøres fra 29.7.2009¹³⁶, mens 532 skulle vært levert i november 2008¹³⁷ (kanselleringsfrist i mars 2009¹³⁸). Arrow II hadde dermed rett til å kansellere kontrakten for 532¹³⁹, mens Arrow

¹³⁴ Heretter WG.

¹³⁵ Byggingen av 533 var gjenstand for endringsarbeider fra rederiet og justeringer av 532 ville derfor være nødvendig for at skipene skulle bli identiske.

¹³⁶ Dommen side 9 avsnitt 8 flg.

¹³⁷ Dommen side 7 avsnitt 6.

¹³⁸ Dette fremkommer av den avtalte leveringstid for 532 (november 2008) sammenholdt med den 120-dagers "grace-period" som var bestemt i MoU av 17. juni 2008, se dommen side 7 avsnitt 8 for sistnevnte.

¹³⁹ Arrow II kansellerte da også kontrakten den 20. mars 2009 og det ble innledet egne voldgiftsforhandlinger om denne kanselleringen.

III fortsatt var forpliktet til å motta levering av 533. Motivasjonen for ombyttingen var muligheten til å oppfylle en av kontraktene.

Arrow III fremmet en rekke bekymringer¹⁴⁰ knyttet til en ombytting av 532 og 533 som ble forsøkt imøtegått av selger. Til slutt kansellerte¹⁴¹ Arrow III kontrakten for 533 den 25. August 2009¹⁴² og voldgiftsbehandling ble innledet.

For voldgiftsretten la selger i hovedsøksmålet ned påstand om at kanselleringen var urettmessig og i motsøksmålet var påstanden at selger hadde rett til å holde tilbake de innbetalte midlene¹⁴³ fra kjøper inntil det blir klart hvilket tap de eventuelt vil lide for i det tilfelle at den Spanske skatteordningen helt eller delvis bortfalt når ikke Arrow III lenger var kjøper.

Arrow III påstod seg frifunnet i hovedsøksmålet og i motsøksmålet la de ned påstand om at kanselleringen var rettmessig, samt tilbakebetaling av innbetalte midler¹⁴⁴.

Hovedproblemstillingen i saken var hvorvidt Arrow III hadde rett til å motsette seg leveringen av 532 under kontrakten for 533. Dersom de hadde rett til det, ville kanselleringen av kontrakten for 533 være rettmessig og Arrow III vil ha rett til tilbakebetaling av de innbetalte midlene.

¹⁴⁰ Bekymringene relaterte seg til forhold Arrow III fryktet ville bli påvirket av ombyttingen: Arrow III ettersøkte avklaring på konsekvensene av at de ikke var rettighetshavere etter forsikringen til substituttet, eller tilbakebetalingsgarantier som er gitt til sikring av de allerede betalte terminene i tilfelle heving. De mistenkte generelt dårligere kvalitet på substituttet og endelig var de bekymret for muligheten for at ombyttingen ville påvirke en gunstig spansk skatteordning, slik at Arrow III kunne bli ansvarlige for skattesubsidier som var gitt i forbindelse med byggingen av skipene.

¹⁴¹ Kanselleringen var basert på faktisk forsinkelse. Det var imidlertid uenighet om hvorvidt selger hadde krav på utsettelse av leveringsfristen på grunn av såkalt permissible delay, jfr. punkt 2.2 om Selgers forsinkelse. Forutsatt utskutt leveringsfrist mente selgerne at de ville rekke å levere substituttet innen kanselleringsfristen.

¹⁴² Dommen side 14, andre avsnitt.

¹⁴³ Fordi kjøper ikke hadde rett til å heve, altså en fastholdelse.

¹⁴⁴ Altså krav på restitusjon ved heving.

For å avgjøre om det forelå en rett til ombytting, måtte man etter voldgiftsrettens oppfatning først og fremst se hen til en tolkning og utfylling av kontrakten¹⁴⁵.

3.3.3.2 Prestasjonsanalysen i Factorias v. Arrow III

Tre mulige tolkningsalternativer blir nevnt med hensyn til adgangen til å foreta en ombytting¹⁴⁶:

- Kontrakten utelukker ombytting.
- Kontrakten gir rett til ombytting.
- Kontrakten gir ikke noe klart svar, slik at spørsmålet må løses på bakgrunn av reelle hensyn og bakgrunnsretten.

Det første momentet voldgiftsretten drøfter er hvordan oppfyllelesobjektet er angitt i kontrakten. Kontrakten angir oppfyllelesobjektet i Artikkel II som definerer «The Vessel» på følgende måte:

Vessel shall be built at the Builders yard in Vigo, Spain and shall have the Builders hull No 533, and be designed, constructed, equipped, completed and delivered by the Builder in accordance with the provisions in the Contract.

Voldgiftsretten peker på at det definerte oppfyllelesobjektet er et spesifikt skrognummer. Voldgiftsretten er enig med selger i at angivelsen av skrognummer i seg selv ikke er avgjørende. Men etter voldgiftsrettens oppfatning støtter definisjonen kjøpers standpunkt om at kontrakten gjelder individuelt bestemte gjenstander som normalt bare kan oppfylles med det objektet som er individualisert i kontrakten¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Dommen side 23.

¹⁴⁶ Dommen side 23 siste avsnitt.

¹⁴⁷ Dommen side 24 tredje avsnitt.

Voldgiftsretten går så over til å drøfte andre bestemmelser i kontrakten og kommer til at standpunktet som ble inntatt ovenfor om at nybygget er en individuelt angitt ytelse også støttes av disse:

Voldgiftsretten presiserer at selgers forpliktelser under kontrakten ikke bare er knyttet til den faktiske levering av fartøyet men også til selve byggeprosessen. Voldgiftsretten viser til Artikkel V som gir kjøper fri tilgang til fartøyet for å sikre kjøper rett til en fortløpende inspeksjon av byggearbeidene. Artikkel VI gir kjøper rett til fortløpende å kreve endringer og modifiseringer. Voldgiftsretten mener deretter at kjøper rett til å kontrollere og påvirke resultatene av selgers arbeid er uforlikelige med en rett for selger til ensidig å endre oppfyllelsesobjekt. Voldgiftsretten konkluderer med at en slik rett rent faktisk ville frata kjøper hans avtalte rettigheter¹⁴⁸.

Voldgiftsretten drøfter så en eventuell ombyttingsrett sitt forhold til tredjepartsinteresser og peker på at tredjemenn gjennomgående vil ha rettigheter i skipet: Både forsikring av skipet og pantsetting av det i forbindelse med finansiering vil normalt være knyttet til det individuelle skrognnummeret. Og kjøperen vil ofte, allerede på byggestadiet, ha sluttet et certeparti med det spesifikke fartøyet angitt som oppfyllelsesmiddel. Fra dette slutter voldgiftsretten at den kommersielle situasjonen taler for at en ombygging ikke kan skje uten samtykke fra kjøperen¹⁴⁹¹⁵⁰.

Betydningen av denne kontrakttolkningen, er at en ombygging ikke vil kunne kreves gjennomført mot selgerens vilje. Selgeren må få kjøperens samtykke for å foreta levering med noe annet enn den ytelsen som er angitt i kontrakten. Det vil si at selgeren

¹⁴⁸ Dommen side 24 fjerde avsnitt.

¹⁴⁹ Dommen side 24 femte avsnitt.

¹⁵⁰ Betydningen av dette i relasjon til spørsmålet om skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt- eller generisk bestemt forpliktelse, er at nybygget i relasjon til tredjemenn, gjennomgående vil være individuelt bestemt. Dette fremgår av at tredjemenn knytter rettigheter og plikter overfor kjøperen til byggenummeret slik at det skjer en individualisering av skipet rettighetene og pliktene er knyttet til. For eksempel, blir det senere i denne dommen lagt til grunn at befrakteren under certepartiet med kjøperen rettmessig kunne motsette seg oppfyllelse med substituttet, se side 27 avsnitt 5.

ikke har noen frihet med hensyn til valg av oppfyllelsesobjekt, men må levere det skipet som kontrakten individualiserer med det aktuelle skrognummeret¹⁵¹.

Slik jeg tolker denne delen av dommen, er voldgiftsrettens tolkningsresultat¹⁵² at kontrakten utelukker oppfyllelse med et annet skip enn det som er individualisert i avtalen¹⁵³. Hvorvidt det da er plass til en vurdering av ombyttingsretten etter dette tolkningsresultatet, skal behandles i neste punkt nedenfor.

3.3.3.3 Voldgiftsrettens videre vurdering

Basert på de vurderingene jeg har gjengitt i forrige punkt, har voldgiftsretten oppstilt et utgangspunkt om at en ombyttingsrett må avtales særskilt¹⁵⁴. Med denne bakgrunnen, presiserer voldgiftsretten at man ved tolkning av kontrakter i norsk rett i større grad enn i engelsk rett, har anledning til å legge vekt på å komme frem til et fornuftig og rimelig resultat og at dette kan føre til en utvidende tolkning¹⁵⁵. Voldgiftsretten henviser til at selgeren i denne saken har anført at kjøpers lojalitets- og tapsbegrensningsplikt taler for en rett til substituttoppfyllelse for selgeren og at selger her har vist til avgjørelsen i ND 2001 s. 526, som ble gjennomgått ovenfor.

Voldgiftsretten leser den anførte avgjørelse dithen at både flertall og mindretall holder døren åpen for en ombyttingsrett i skipsbyggingskontrakter¹⁵⁶. Voldgiftsretten legger til grunn at mindretallet i ND 2001 side 526 mente at kjøper i den saken misligholdt sin

¹⁵¹ Når voldgiftsretten behandler selgers anførsel om at kjl. § 36 må tillegges vekt i vurderingen av om det foreligger en rett til ombytting, uttaler de eksplisitt at "...the rule contained in the Sale of Goods Act relating to redelivery is not worded or enacted with a view to the present contractual relationship, which concerns the building and delivery of an **individually designated vessel**» (min utheving).

¹⁵² Denne tolkningen kunne også vært kalt en prestasjonsanalyse, jfr. punkt 3.2.1.

¹⁵³ Dette støttes også av voldgiftsrettens egen oppsummering, hvor ett av punktene er at "...the shipbuilding contract must be construed to mean that it did not give Vulcano the right to substitute hull no. 533 with hull no. 532..."

¹⁵⁴ «... the right to substitution is subject to an explicit agreement...», se dommen side 25 avsnitt 3.

¹⁵⁵ Side 26 avsnitt 3.

¹⁵⁶ Side 26 femte avsnitt.

tapsbegrensningsplikt ved å avvise substituttet. Med hensyn til flertallets votum, la voldgiftsretten til grunn at flertallet i ND 2001 s. 526 ville godta en ombytting så lenge skipene var teknisk og kommersielt ekvivalente. Voldgiftsretten går så over til å drøfte begge vota:

Voldgiftsretten avviser at mindretallets votum kan ha noen relevans, da den saken som er til behandling nå, gjelder hvorvidt Arrow har rett på tilbakebetaling av vederlaget de gav for det opprinnelige skipet og ikke om de har rett på erstatning, som var spørsmålet som mindretallet i ND 2001 s. 526 tok stilling til. Voldgiftsretten uttaler at spørsmålet i saken som nå skal avgjøres, ikke er om Arrow har brutt sin lojalitets- og tapsbegrensningsplikt¹⁵⁷, men om Arrow har rett til tilbakebetaling av de innbetalte terminer. Uttalelsene gjør det klart at voldgiftsretten i *Factorias v. Arrow III* mener at den kontraktsrettslige lojalitets- og tapsbegrensningsplikten ikke har noen relevans for spørsmålet om kjøper har rett til å heve, kun for spørsmålet om kjøper har rett på erstatning¹⁵⁸.

I drøftelsen av flertallets votum, kommer voldgiftsretten til at selgeren ikke har avgitt en klar og entydig erklæring om ombytting¹⁵⁹ og at 532, som de ønsket å bruke til å oppfylle kontrakten om 533 med, heller ikke var teknisk og kommersielt ekvivalent med det opprinnelige skipet.

Det var fire forhold som hindret substituttet fra å være ekvivalent¹⁶⁰:

Med hensyn til den tekniske ekvivalensen, var substituttet bygget ved et verft med så dårlige arbeidsforhold og resulterende dårlig kvalitet på byggearbeidet, at selger så seg nødt til å flytte det for å få det ferdigstilt ved et annet verft. Under denne flyttingen ble

¹⁵⁷ Side 27 første avsnitt.

¹⁵⁸ Den senere behandlingen av dommen vil imidlertid vise at dette standpunktet ikke kan opprettholdes, se særlig punkt 3.5.2.

¹⁵⁹ Side 27 annet avsnitt.

¹⁶⁰ Disse forholdene skal senere samles i punkt 3.4 hvor jeg oppstiller de materielle vilkår for ombytting, basert på en sammenslåing av vurderingene i denne dommen og i ND 2001 s. 526.

det oppdaget lekkasjer i skipet. Voldgiftsretten legger til grunn at kjøper hadde all grunn til å tro at substituttet holdt en lavere kvalitet enn det opprinnelig avtalte skipet¹⁶¹.

Den kommersielle ekvivalensen var hindret av tre forhold: For det første hadde kjøper sluttet et tidscerteparti på det opprinnelige skipet og befrakteren under dette hadde gjort det klart at de ville motsette seg oppfyllelse av certepartiet ved substitutt.

Voldgiftsretten legger til grunn at dette var et standpunkt befrakteren rettmessig kunne innta under engelsk rett,¹⁶² som certepartiet var underlagt og legger avgjørende vekt på forholdet.

I tillegg var det *usikkerheten* rundt følgende forhold som gjorde at substituttet ikke var kommersielt ekvivalent¹⁶³: Kjøperen var bekymret for mulige komplikasjoner knyttet til forsikringen da kjøper ikke var rettighetshaver under forsikringsavtalen for substituttet. Også muligheten for å bli gjort ansvarlig for et eventuelt bortfall av skattefordelene man forsøkte å dra nytte av gjennom kontraktene for de kontraherte skipene ble tillagt vekt av voldgiftsretten. Til sist var det muligheten for bortfall av byggefinansieringen, med påfølgende mislighold av Arrow-konsernets låneavtaler som også bidro til at det ikke forelå kommersiell ekvivalens.

Voldgiftsretten konkluderte med at Arrow III hadde rett til å motsette seg ombytingen og at kanselleringen var rettmessig.

3.3.3.4 Oppsummering

Jeg skal nå oppsummere de tre forhold av betydning for ombytingsretten som blir behandlet i denne dommen:

¹⁶¹ Factorias v. Arrow III s. 27, fjerde avsnitt.

¹⁶² Factorias v. Arrow III side 27, femte avsnitt

¹⁶³ Factorias v. Arrow III side 27 avsnitt 5.

Den første betydningen dommen har er at den gjentar og vurderer de tre vilkårene for ombytting som ble lagt til grunn i ND 2001 s. 526. Dette bidrar til å gi vilkårene tyngde og kan tjene som en opprettholdelse av det prinsipielle standpunktet om at ombytting kan foretas der vilkårene er oppfylt¹⁶⁴.

Den andre betydningen av dommen er at voldgiftsretten ved behandlingen av mindretallsvotumet i ND 2001 s. 526 skiller skarpt mellom tapsbegrensningsplikts betydning for erstatningskravet (som mindretallsvotumet gjaldt) og denne pliktens betydning for kjøpers rett til tilbakebetaling av de innbetalte terminer (restitusjon som følge av hevingsrett) som var tema i saken voldgiftsretten nå hadde til behandling.

For tredje er det min konklusjon etter prestasjonsanalysen som ble foretatt, at forpliktelsen under skipsbyggingskontrakten som utgangspunkt er individuelt bestemt og ikke kan oppfylles med noe annet enn det objektet som er individualisert i avtalen, noe som skulle bety at en ombytting er uaktuell. Men dommen forutsetter at til tross for dette vil ombytting kunne skje der de oppstilte vilkårene¹⁶⁵ er oppfylt, basert på flertallsvotumet i ND 2001 s. 526. Disse to standpunktene er i utgangspunktet ikke forenlige, da en kontrakt om levering av en individuelt bestemt forpliktelse nettopp ikke vil kunne oppfylles med substitutt, selv om det skulle være ekvivalent. For å gjøre unntak fra dette må det i hvert fall måtte kreves en særskilt begrunnelse.

Min oppfatning er at denne særskilte begrunnelsen nettopp kan finnes i lojalitets- og tapsbegrensningsplikten. Selv om voldgiftsretten tar avstand fra at lojalitets- og tapsbegrensningsplikten kan ha noen betydning for selgers rett til å heve avtalen i sin behandling av mindretallsvotumet i ND 2001 s. 526, er lojalitets- og tapsbegrensningsplikten en del av grunnen til at voldgiftsretten aksepterer muligheten for ombytting¹⁶⁶. Dette henger sammen med måten vilkårene for ombyttingen er

¹⁶⁴ Vilårene er at ombytting må påberopes ved en dispositiv erklåring og substituttet må være teknisk og kommersielt ekvivalent med det opprinnelig avtalte skipet, se punkt 3.4.

¹⁶⁵ Påberopelse av ombytting ved dispositivt utsagn, teknisk og kommersiell ekvivalens.

¹⁶⁶ Dette underbygges etter min oppfatning av uttalelsene i *Factorias v. Arrow III* på side 26 fjerde avsnitt hvor voldgiftsretten etter å ha fastlagt utgangspunktet om at en ombyttingsrett må avtales særskilt, presiserer at man kan foreta en utvidende eller innskrenkende tolkning for å oppnå et rimelig resultat. De

utformet: Som det vil fremgå i punkt 3.4, er vilkårene for ombytting utformet på en måte som gjør at der de er oppfylt, vil kjøper i realiteten ikke ha noen innsigelse mot substituttet. I disse tilfellene vil substituttoppfyllelse ikke vil medføre noen ulemper for ham og det er da ikke så betenkelig å gi anledning til ombytting.

Dette skal jeg underbygge i punkt. 3.5.2, etter en gjennomgang av de materielle vilkårene for ombytting og en oppstilling av de forhold som har vært vurdert under hvert vilkår og som har ført til at vilkårene ikke har vært oppfylt i de to dommene som er gjennomgått ovenfor.

3.4 Sammenfatning av de materielle vilkår for ombytting

I dette punktet skal jeg gjøre rede for de materielle vilkår for ombytting, slik disse har blitt formulert i voldgiftspraksis. Det er tre kumulative vilkår som er lagt til grunn både i voldgiftspraksis og juridisk teori¹⁶⁷, krav til selve ombyttingserklæringen og krav til at substituttet skal være ekvivalent med det opprinnelige avtalte skipet. Som nevnt har det hittil ikke forekommet noen ekvivalent ombyttingserklæring fra selger. Under behandlingen av hvert vilkår vil jeg gjøre rede for hvilke forhold som førte til at ekvivalensvilkåret ikke var oppfylt i de to dommene.

3.4.1 Teknisk ekvivalens

Substituttet må være teknisk likeverdig med det opprinnelig avtalte skipet¹⁶⁸.

viser så til selgerens anførsel om at kjøpers lojalitets- og tapsbegrensningsplikt burde gi selgeren rett til å ombytte. Selgeren viser her til ND 2001 s. 526 Broström, hvoretter voldgiftsretten drøfter fler- og mindretallets votum i saken.

¹⁶⁷ Meland, Skipsbygging side 42.

¹⁶⁸ ND 2001 s. 526 side 16 første avsnitt, Factorias v. Arrow III side 27.

Dette vilkåret innebærer at skipet må tilfredsstille kravene under den kontrakten som skal oppfylles med substituttet. For eksempel må det tekniske utstyret om bord på substituttet svare til det som er avtalt for det opprinnelige skipet¹⁶⁹. Også andre, mindre konkrete avvik kan føre til at kravet om teknisk ekvivalens ikke er tilfredsstilt, så som at det er grunn til å anta at kvaliteten på substituttet på en mer generell basis er lavere enn det opprinnelige skipet¹⁷⁰.

3.4.2 Kommersiell ekvivalens

Det må være kommersiell ekvivalens mellom substituttet og det opprinnelige skipet¹⁷¹. Under dette vilkåret er det som vi skal se en rekke forhold som kan danne grunnlag for innsigelser mot ombyttingen fra kjøperens side. Her skal jeg gjøre rede for de innsigelser som har blitt behandlet i voldgiftsdommene som ble gjengitt ovenfor.

De innsigelser som er blitt behandlet av voldgiftsretten i de to omtalte dommene, har relatert seg til prisen på substituttet, forholdet til kjøperens kontraktsparter og tredjemenn som myndigheter, forsikringsselskap og finansieringsinstitusjoner. Med unntak av det første – prisen på substituttet – er det altså snakk om forholdet til det som egentlig er tredjemenn i relasjon til avtalen mellom kjøper og selger.

I ND 2001 s. 526 *Broström v. Factorias*, hadde selger på et tidlig stadium i kontraktsforholdet betinget seg en leveringsbonus¹⁷² på USD 400.000 i tillegg til det

¹⁶⁹ ND 2001 s. 526 side 15 legger voldgiftsretten vekt på at substituttet på tidspunktet for ombytingserklæringen ikke var utstyrt med konvensjonell baugpropeller og den type «bilge water separator» som var avtalt.

¹⁷⁰ I *Factorias v. Arrow III* ble det i tråd med dette lagt vekt på at substituttet, som ellers var tilnærmet identisk med det opprinnelige avtalte skipet, var bygget ved annet verft enn dette. Forholdene ved dette verftet var såpass vanskelige at substituttet under byggingen ble tauet til et annet verft for ferdigstilling og på veien oppstod det lekkasjer i substituttet. Dette gav etter voldgiftsrettens oppfatning kjøper grunn til å anta at kvaliteten på substituttet var lavere enn det opprinnelige skipet, og grunn til å motsette seg substitusjon.

¹⁷¹ ND 2001 s. 526 side 16. *Factorias v. Arrow III* side 27.

¹⁷² Altså et tilleggsvederlag ved levering.

vederlaget som allerede var avtalt¹⁷³. Denne avtalen ble senere bestridt og voldgiftsretten kom til at den ikke var gyldig. Når selger i brevet som påberoper ombytting da henviser til denne avtalen, fører det til at substituttet ikke er kommersielt ekvivalent, etter som selger da betinger seg et vederlag som er USD 400.000 større enn det han har rett til.

I *Factorias v. Arrow III* påberopte Arrow (kjøperen) seg en rekke kommersielle forhold som hindre for ombytting. For det første hadde WG, som var befrakter under et tidscerteparti for 533¹⁷⁴ inngått med kjøperen, motsatt seg levering av 532 under tidscertepartiet. Når det kommer til å avgjøre hvorvidt substituttet i denne saken var kommersielt ekvivalent, uttaler voldgiftsretten at WGs avvisning av substituttet under certepartiet er av avgjørende betydning¹⁷⁵, det vil si at hvis ombygtingen får som konsekvens at kjøperen mister et certeparti med tredjemann, vil dette tale sterkt mot ombygting.

For det andre hadde kjøperen i tiden etter at de mottok ombygtingserklæringen fra selgeren, reist spørsmål om ombygtingens eventuelle innvirkning på den spanske skatteordningen partene søkte å dra nytte av i forbindelse med kjøpet av skipet. Partene hadde benyttet en komplisert kontraktsstruktur¹⁷⁶ for å oppnå dette og kjøpers bekymring var at en ombygting kunne innvirke på denne. Selger forsikret om at ingen nye byrder ville falle på noen av selskapene i gruppen til kjøper som en konsekvens av

¹⁷³ ND 2001 s. 526 side 2, 8. avsnitt

¹⁷⁴ Skipet med byggenummer 533 var det opprinnelig avtalte skipet, som substituttet med byggenummer 532 skulle leveres i stedet for.

¹⁷⁵ *Factorias v. Arrow III* side 27. Voldgiftsretten uttalte også at WGs avvisning av substituttet mest sannsynlig var rettmessig etter engelsk rett, som regulerte forholdet mellom kjøper (bortfrakter under certepartiet) og WG.

¹⁷⁶ Dette omfattet inngåelse av en rekke kontrakter med forskjellige spanske investerings- og finansieringsselskaper. Formelt var partene i byggekontrakten for 533 *Factorias* som selger og et av de spanske investeringsselskapene som kjøper. Videre ble det inngått nye kontrakter mellom kjøper, selger og to spanske selskaper, som hadde som rettslig konsekvens at alle rettigheter og forpliktelser etter kjøpekontrakten for 533 ble overtatt av kjøperen. Ved at et av de spanske selskapene formelt eide og bortfraktet 533 i to år, ville alle parter dra nytte av den spanske skatteordningen.

ombyttingen,¹⁷⁷ men utdypet ikke dette nærmere. Konsekvensene for kjøper dersom de ble gjort ansvarlige for en del av skattesubsidiene kunne bli formidable¹⁷⁸.

Voldgiftsretten kom til at denne usikkerheten var en relevant kommersiell grunn til å avvise 532 som levering av 533 på tidspunktet for kanselleringen¹⁷⁹.

For det fjerde var kjøper bekymret for ombyttingens innvirkning på deres låneavtaler. Kjøper anførte at ombyttingen kunne ha som konsekvens¹⁸⁰ at låneavtalen deres kunne kreves innfridd som følge av ombyttingen, noe som ville utgjøre mislighold av morselskapets kredittfasiliteter¹⁸¹. Også denne usikkerheten rundt dette momentet utgjør etter voldgiftsrettens syn et relevant kommersielt grunnlag for avvisning av 532¹⁸².

3.4.3 Kravene til ombyttingserklæringen

Det gjelder også formelle krav til ombyttingserklæringen: Selgeren må avgi en rettslig bindende, klar og utvetydig erklæring om ombytting, både for å hindre uvisshet og misforståelser og slik at verftet ikke senere kan velge å skifte standpunkt uten at det har rettsvirkninger¹⁸³¹⁸⁴.

Den tekniske og kommersielle ekvivalensen må også fremgå av selve ombyttingserklæringen. Dersom det for eksempel er tekniske forskjeller på substituttet

¹⁷⁷ Factorias v Arrow III side 12.

¹⁷⁸ Det kjøper fryktet mest var å bli gjort ansvarlig for bortfall av skattesubsidier i størrelsesorden EUR 50 millioner, se Factorias v. Arrow III side 21.

¹⁷⁹ Factorias v. Arrow III side 27.

¹⁸⁰ Anførlene er noe uklare på hvorvidt det er ombyttingen som sådan som eksponerer kjøper-gruppen for risikoen for mislighold av finansieringsavtalene, eller om det er det potensielle kravet som følge av at den spanske skatteordningen kunne falle bort som forårsaker dette. Det mest nærliggende tolkningsalternativet er at det er det sistnevnte.

¹⁸¹ Morselskapets finansieringsavtaler var da tydeligvis betinget av at det ikke inntrådte mislighold for noen av datterselskapene.

¹⁸² Factorias v. Arrow III side 27.

¹⁸³ ND 2001 s. 526 side 15.

¹⁸⁴ I Arrow - dommen blir kravet formulert som «a clear and unambiguous declaration of substitution», se dommens side 27.

og det opprinnelig avtalte skipet, må selger i ombyttingserklæringen sørge for å gjøre det klart at substituttet vil tilpasses før levering, uten ekstrakostnader for selgeren. Å sørge for at det er klart at ombyttingen vil være ekvivalent allerede i ombyttingserklæringen, er selgers ansvar og kjøper plikter ikke å inngå i forhandlinger for å oppnå dette.¹⁸⁵.

3.4.4 Konklusjon

En nærliggende foreløpig konklusjon med hensyn til retten til ombytting er at denne kan så lenge de materielle vilkårene som ble oppstilt i forrige punkt er oppfylt. Dette begrunner jeg med at to voldgiftsdommer nå har lagt disse vilkårene til grunn for sin behandling av spørsmålet.

De to dommene som er gjennomgått ovenfor, utgjør de mest utførlige rettskildene¹⁸⁶ for spørsmålet om selgeren kan foreta en ombytting under en skipsbyggingskontrakt. I Broström-dommen uttaler flertallet for voldgiftsretten at¹⁸⁷:

[Selger] for å nå frem med sin anførsel om substitusjonsrett, må vise både at det forelå en substitusjonsrett og at verftet overfor kjøper på tilstrekkelig tydelig måte har påberopt seg denne rett.

Den siste delen av spørsmålet svarer voldgiftsretten som kjent benektende, men formulerer likevel kravene om teknisk og kommersiell ekvivalens. Disse vilkårene er nå også tatt opp i juridisk teori av Meland¹⁸⁸ som uttaler:

¹⁸⁵ ND 2001 side 526 side 16, avsnitt 2: «Det er mulig at forhandlinger kunne fått [selger] til å justere tilbudet slik at det ble ekvivalent, men [kjøper] hadde etter flertallets mening ingen plikt til å ta initiativ til slike forhandlinger. Annerledes mindretallet, jfr. punkt 3.3.2.4.

¹⁸⁶ Av norske rettskilder ellers kjenner jeg kun til Meland, Skipsbygging 2006, som bygger sin fremstilling på ND 2001 s. 526 (Broström).

¹⁸⁷ ND 2001 side 526 på side 14.

¹⁸⁸ Meland, Skipsbygging 2006 side 42.

Dersom [substituttoppfyllelse] skulle være aktuelt, er forutsetningen at den som vil levere et substitutt (Verkstedet¹⁸⁹) må ta klart forbehold¹⁹⁰ om det, og substituttet må – om ikke det i alle henseender er identisk – i alle fall være kontraktsmessig likeverdig med det avtalte.

Dette blir fulgt opp av Voldgiftsretten i *Factorias v. Arrow III*. Først foretar voldgiftsretten en tolkning av skipsbyggingskontrakten med mål om å bestemme hva som er oppfyllelsesobjektet under denne og som jeg har nevnt ovenfor kommer de i denne delen av dommen til at en skipsbyggingskontrakt gjelder en individuelt bestemt forpliktelse¹⁹¹.

Etter å ha foretatt denne tolkningen, uttaler voldgiftsretten at man for å oppnå et resultat som er rimelig og fornuftig, også under tolkningen av skipsbyggingskontrakter kan legge vekt på andre relevante hensyn eller kontraktsrettslige prinsipper¹⁹². De vurderer så flertallets avgjørelse av spørsmålet i ND 2001 side 526 og uttaler at:

The majority appears to be willing to accept a substitution right subject to the condition that the ships were technically and commercially equal and that the yard had made a sufficiently clear and binding declaration of substitution.

De går så over til å vurdere vilkårene fra ND 2001 s. 526 (Broström)¹⁹³. Dommen anerkjenner således i prinsippet en ombyttingsrett, og følger opp Broström-dommen ved å legge de samme vilkårene til grunn. Slik sett må dommen leses som en tilslutning til flertallet i Broström-dommen. Men i den saken som var til behandling i *Factorias v. Arrow III* var heller ikke vilkårene oppfylt, slik at selgeren heller ikke her fikk medhold.

Jeg legger da til grunn at ombytting kan skje der vilkårene som er gjennomgått ovenfor i punkt 3.4.1 til 3.4.3. Den avtaletolkningen som ble gjort i *Factorias v. Arrow III*, hvor

¹⁸⁹ Etter min terminologi: Selger.

¹⁹⁰ «Klart forbehold» må tolkes som at selgeren avgir en klar og utvetydig erklæring om substitusjon.

¹⁹¹ Se punkt 3.3.3.2.

¹⁹² *Factorias v. Arrow III* side 26.

¹⁹³ Se punkt 3.3.3.3.

voldgiftsretten kom til at skipsbyggingskontrakten gjaldt en individuelt bestemt forpliktelse, harmonerer imidlertid dårlig med resten av den dommen, som så vurderer vilkår for ombytting, herunder ekvivalens. Dersom avtalen gjelder en individuelt bestemt forpliktelse, må det etter min oppfatning, selv der et eventuelt substitutt er ekvivalent, kreves forklaring og en særskilt begrunnelse for at en ombytting likevel skal kunne skje. Dette skal jeg forsøke å gi i punkt 3.5.3.

3.5 Ombyttingsretten og lojalitets- og tapsbegrensningsplikten

3.5.1 Innledning

I dette punktet skal jeg foreta en samlende redegjørelse for forholdet mellom ombyttingsretten og lojalitets- og tapsbegrensningsplikten. Forholdet mellom de to fenomenene har betydning i to relasjoner:

Den det første, er det spørsmålet som ovenfor i punkt 1.1 ble kalt spørsmålet om tapsbegrensningsplikten: Dette er spørsmålet om kjøpers tapsbegrensningsplikt kan medføre at kjøper er avskåret fra å kreve erstatning for misligholdet der han avviser et tilbud om ombytting. Det var dette som var tema for voldgiftsrettens flertalls behandling av selgers subsidiære påstand i ND 2001 s. 526. Vurderingstemaet under tapsbegrensningsplikten er hvilke tiltak¹⁹⁴¹⁹⁵ kjøperen plikter å treffe for å unngå eller begrense sitt tap. Men som nevnt i punkt 3.3.1.2, reiser voldgiftsrettens drøftelse av dette spørsmålet noen prinsipielle problemstillinger. Disse problemstillingene skal behandles nedenfor i punkt 3.5.1.

Relasjonen mellom lojalitets- og tapsbegrensningsplikten og ombyttingsretten har også betydning i for hva som er grunnlaget for å tillate ombyttingen. Som jeg allerede har antydnet i den foreløpige konklusjonen i punkt 3.4.4 må det, dersom nybygget er en

¹⁹⁴ Kjl. § 70, skl. § 5-1 nr. 2.

¹⁹⁵ «tiltaket» er her å overta substituttet. Det tapet som skal unngås er kjøperens erstatningskrav, eller de utgifter han har som følge av at han ikke får oppfyllelse.

individuelt bestemt ytelse kreves en særskilt begrunnelse dersom ombytting skal kunne tillates. I punkt 3.5.3 skal jeg, med utgangspunkt i de dommene som er gjennomgått, forsøke å oppstille en slik begrunnelse.

3.5.2 Spørsmålet om tapsbegrensningsplikten

I dette punktet skal jeg gå nærmere inn på det som jeg i punkt. 1.1 kalte spørsmålet om tapsbegrensningsplikten. Dette er spørsmålet om kjøperens erstatningskrav kan reduseres eller falle bort dersom han avviser substituttet. Dette var den subsidiære anførselen i ND 2001 s. 526, det vil si at selger anførte tapsbegrensningsplikten som grunnlag for bortfall av erstatningskravet, for i det tilfelle at han ikke fikk medhold i at kontrakten kunne oppfylles ved ombytting. Dersom kontrakten kunne vært oppfylt ved ombytting, ville det jo uansett ikke vært rom for noe erstatningskrav.

Det er en prinsipiell forskjell på de to anførsler og den relaterer seg til vilkårene for at rettsvirkningen (bortfall av erstatningskravet) skal inntre. Dersom kjøper får medhold i den prinsipale anførselen medfører at det ikke forelå mislighold og erstatningskravet faller bort av den grunn. Vilårene for dette er at tilbudet om ombytting hadde oppfyllellesvirkninger og dette er avhengig av hva kontrakten angir som oppfyllellesobjekt. Svaret på dette spørsmålet avgjøres tradisjonelt ved en avtaletolkning (prestasjonsanalyse), men i tråd med min konklusjon i punkt 3.4.4, må substituttet nok kunne presenteres med oppfyllellesvirkninger så lenge de materielle vilårene for ombytting er til stede.

Rettsvirkningen av den subsidiære anførselen er den samme som for den prinsipale, erstatningskravet faller bort. Men årsaken til dette er ikke at det ikke forelå mislighold. Årsaken er at kjøper ikke oppfylte sin tapsbegrensningsplikt til «ved rimelige tiltak begrense sitt tap»¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Kjl. § 70.

Avgjørelsen av hva kjøperen plikter å foreta seg som ledd i en tapsbegrensningsplikt, er i utgangspunktet ikke styrt av hverken prestasjonsanalyser eller vurderinger av ekvivalens. Med utgangspunkt i lovbestemmelsene¹⁹⁷ om spørsmålet, er grunnlaget for avgjørelsen er under tapsbegrensningsplikten, en vurdering av om kjøperen ved rimelige tiltak har begrenset sitt tap¹⁹⁸.

Denne vurderingen ble av voldgiftsrettens flertall i ND 2001 s. 526 foretatt gjennom en sammenligning av kostnaden ved «tiltaket», som var å overta substituttet, med størrelsen på tapet som skulle unngås. I dette tilfellet var kostnaden ved å overta substituttet, dvs. kontraktsprisen så stor sett i forhold til tapet som skulle unngås, at kjøper ikke pliktet å gjøre det, dvs. det var ikke et rimelig tiltak å overta substituttet.

Denne vurderingen reiser spørsmålet om det da er noen forskjell på den plikten som blir lagt på kjøperen etter den prinsipale og den subsidiære anførselen. Dersom vurderingen av tapsbegrensningsplikten hadde falt annerledes ut, for eksempel fordi kontraktsprisen for skipet var lavere, eller erstatningskravet høyere, kunne voldgiftsretten i prinsippet kommet til motsatt resultat. Rettsvirkningen av dette ville vært at kjøperen selv måtte dekket den delen av erstatningskravet som han kunne unngått¹⁹⁹. Men *innholdet* av tapsbegrensningsplikten, eller den handlingen han måtte foretatt seg for å oppfylle plikten, ville da også vært å ta substituttet.

Voldgiftsretten forutsetter at det da ville skjedd vederlagsopptjening²⁰⁰ på selgers hånd, ved at nettopp prisen kjøper må betale for substituttet utgjør det ene leddet i vurderingen av tapsbegrensningsplikten.

Dersom man sammenholder den prinsipale og subsidiære drøftelsen, oppstår det da tilsynelatende en logisk brist: Voldgiftsrettens flertall i ND 2001 s. 526 slår jo fast at

¹⁹⁷ Kjl. § 70, skl. § 5-2 nr. 2.

¹⁹⁸ Kjl. § 70 (1): Den part som påroper kontraktbrudd fra den annens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap. Forsømmer han dette, må han selv bære den tilsvarende del av tapet.

¹⁹⁹ Kjl.. § 70 (1).

²⁰⁰ I ND 2001 side 526 på side 17 avsnitt 7 under drøftelsen av tapsbegrensningsplikten, blir alternativet med substituttoppfyllelse, til og med betegnet som et «dekningsskjøp».

vilkårene for ombytting ikke er oppfylt, blant annet fordi substituttet ikke er ekvivalent med det opprinnelige skipet²⁰¹ og nettopp dette er jo grunnen til at kjøperen har rett til å motsette seg substituttoppfyllelse. Når voldgiftsrettens flertall da likevel drøfter tapsbegrensningsplikten, er det nærliggende å forstå dette som at det forutsettes at tapsbegrensningsplikten likevel kan komme til anvendelse.

Dersom man da tar konsekvensen av forskjellen på vurderingstemaet i de materielle vilkårene for ombytting (ekvivalens) og tapsbegrensningsplikten (kontraktsprisens størrelse i forhold til tapets størrelse) kunne det tenkes at kjøper fikk avskåret sitt erstatningskrav fordi han ikke tok oppfyllelse med et ikke-ekvivalent substitutt.

Den logiske bristen i denne dommen gjør det vanskelig å oppstille noen regel med hensyn til det som er kalt *spørsmålet om tapsbegrensningsplikten* i punkt 1.1, det vil si, spørsmålet om tilbudet om substituttoppfyllelse kan avskjære et erstatningskrav fra kjøper. Men det er klart at gode grunner taler for at kjøper, dersom han kan avvise substituttet på grunn av at vilkårene for ombytting ikke er til stede, heller ikke må tåle en avkortning i sitt erstatningskrav som følge av avvisningen.

3.5.3 Ombyttingsrettens rettslige forankring og lojalitetsplikten

I dette punktet skal jeg behandle ombyttingsrettens rettslige forankring. Som punktets plassering tyder på, er det min oppfatning at ombyttingsretten har en forankring i den alminnelige lojalitetsplikten. Punktet er foranlediget av *Factorias v. Arrow III*, som er gjennomgått ovenfor i punkt 3.3.2. Som det har fremgått av oppsummeringen av dommen i punkt 3.3.2.3, inneholder dommen tilsynelatende en selvmotsigelse, ved at voldgiftsretten etter en tolkning av avtalen, slår fast at skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt bestemt forpliktelse, noe som i utgangspunktet skulle bety at en

²⁰¹ Dette skyldtes blant annet at det for substituttet var installert en annen type baugpropeller og «bilge water separator». Kostnadene ved å endre dette ble anslått til USD 2.9 millioner og var ikke omfattet av ombyttingsstilbudet, se ND 2001 s. 526 side 15 avsnitt 10.

ombyttingsrett er avskåret²⁰². Voldgiftsretten følger likevel opp med å vurdere vilkårene for ombytting fra ND 2001 s. 526, noe som må forstås som at man i prinsippet er villig til å godta en ombytting av det individuelt bestemte skipet. Som jeg fremholdt i oppsummeringen i punkt 3.3.2.3, må et slikt grep forklares nærmere, og det må i utgangspunktet kunne kreves en særskilt begrunnelse for å tillate ombytting av en individuelt bestemt forpliktelse.

I *Factorias v. Arrow III* tok voldgiftsretten det etter min oppfatning riktige teoretiske standpunktet at spørsmålet om selgeren kunne foreta en ombytting under skipsbyggingskontrakten måtte bero på en tolkning av avtalen²⁰³. Etter en tolkning og vurdering av bestemmelsene i avtalen²⁰⁴, kommer voldgiftsretten til at skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt bestemt forpliktelse og at en ombytting da må skje med samtykke av kjøperen.

Voldgiftsretten foretar etter dette en presisering av man ved tolkningen av skipsbyggingskontrakter, etter norsk rett, kan legge vekt på å komme frem til et rimelig og fornuftig tolkningsresultat og at dette kan føre til en utvidende eller utfyllende tolkning. Voldgiftsretten henviser så til selgerens anførsel om at kjøperens lojalitets- og tapsbegrensningsplikt tilsier at selger gis rett til å foreta en ombytting²⁰⁵. Til støtte for anførselen har selgeren vist til voldgiftsdommen i ND 2001 s. 526.

Voldgiftsretten innleder drøftelsen av anførselen med å si at både flertall og mindretall i denne dommen ser ut til å åpne for en ombyttingsrett. Voldgiftsretten avviser at mindretallets votum skal ha noen betydning for spørsmålet og går over til å drøfte

²⁰² Som jeg allerede har gjort rede for i punkt 3.2, må bakgrunnsretten for en rett til ombytting antas å være sontringen mellom individuelt- og generisk bestemte forpliktelser. Dersom skipsbyggingskontrakten gjelder en generisk bestemt forpliktelse, skulle selgeren i utgangspunktet være fri til å ombytte med et tilsvarende skip. Dersom skipsbyggingskontrakten derimot gjelder en individuelt bestemt forpliktelse må det legges til grunn at ombytting ikke kan skje.

²⁰³ *Factorias v. Arrow III* side 23.

²⁰⁴ Se punkt 3.3.2 for en mer detaljert gjennomgang av denne delen av dommen.

²⁰⁵ *Factorias v. Arrow III* side 26, 4. avsnitt.

vilkårene som fremkommer av flertallets votum²⁰⁶. Voldgiftsretten kommer til at substituttet ikke tilfredsstillter vilkåret om teknisk og kommersiell ekvivalens og at selger heller ikke har avgitt en klar og utvetydig erklæring om ombytting.

Min tolkning av denne delen av dommen er at voldgiftsretten anser at både flertalls- og mindretallsvotumet fra ND 2001 s. 521 er begrunnet i lojalitets- og tapsbegrensningsplikten, selv om flertallet i ND 2001 s. 521 ikke viser til disse hensynene når de oppstiller vilkårene for ombytting. Dette støttes av hvordan voldgiftsretten i *Factorias v. Arrow III* går frem for å vurdere en rett til ombytting, ved at de først oppstiller et utgangspunkt om at kontrakten angir det individuelt bestemte skipet som oppfyllelsesobjekt, og så stiller spørsmålet om det kan foretas en utfyllende eller utvidende tolkning av dette utgangspunktet²⁰⁷. Voldgiftsretten viser så til ND 2001 s. 526 og drøfter vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens fra flertallsvotumet, som de kommer til at ikke er oppfylt.

Etter å ha fastslått at vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens ikke er oppfylt, konkluderer voldgiftsretten med at det ikke er rom for noen utvidende eller utfyllende tolkning av kontraktens utgangspunkt om at den gjelder en individuelt angitt ytelse basert på kjøpers lojalitets- og tapsbegrensningsplikt²⁰⁸.

Etter min oppfatning betyr denne fremgangsmåten at den utvidende eller utfyllende tolkningen av kontrakten begrunnes i lojalitets- og tapsbegrensningsplikten²⁰⁹ og at de

²⁰⁶ Dette er vilkårene som er gjennomgått ovenfor i punkt 3.4.1 til 3.4.3. Det vil si at ombyggingen må påberopes ved en disjunktiv erklæring og at substituttet må være teknisk og kommersielt ekvivalent med det opprinnelige skipet.

²⁰⁷ *Factorias v. Arrow III* side 26 avsnitt 3 og 4.

²⁰⁸ *Factorias v. Arrow III* side 27 siste avsnitt.

²⁰⁹ Det kan i hvert fall finnes en innvending mot forankringen i lojalitets- og tapsbegrensningsplikten: Der substituttet er ekvivalent med det opprinnelige skipet, kan en like gjerne si at kjøper da ikke vil ha noen reelle innvendinger mot å ta det og at realiteten da er at han får oppfylt avtalen. En slik beskrivelse kan ha mye for seg, men overser det faktum at voldgiftsretten allerede har konkludert med at skipsbyggingskontrakten gjelder en individuelt bestemt forpliktelse. Selve poenget med en slik forpliktelse i vår sammenheng er at kjøper ikke behøver å ta oppfyllelse med noe annet skip, selv om kjøperen da «i realiteten» får oppfylt sin avtale, jfr. for så vidt også sjøloven § 323.

materielle vilkårene for ombytting er en kvalifikasjon for når det vil være illojalt å motsette seg substituttoppfyllelse²¹⁰. I dette ligger det også at voldgiftsretten legger til grunn at det ikke vil være illojalt å avvise en substituttoppfyllelse som ikke tilfredsstiller vilkårene for ombytting, herunder kravene om teknisk og kommersiell ekvivalens²¹¹.

Til støtte for min påstand om at det er lojalitetsplikten som drøftes som grunnlag, viser jeg også til at voldgiftsretten på i *Factorias v. Arrow III*, på side 28 avsnitt 1, gir en tilleggsbegrunnelse for at kjøper i denne saken ikke har opptrådt illojalt: Voldgiftsretten konstaterer tvert imot at kjøper har opptrådt lojalt gjennom kontraktsforholdet ved sin vilje til å betale for kostnadsoverskridelser under byggeperioden.

Voldgiftsretten viser også til at befrakteren²¹² under certepartiet kjøperen hadde sluttet på det opprinnelige skipet hadde gjort det klart at han kom til å motsette seg oppfyllelse ved substitutt²¹³. Voldgiftsretten presiserer så at selv om dette standpunktet kunne være markedsmotivert, kunne det ikke karakteriseres som illojalt av befrakteren å utøve en kontraktsfestet kanselleringsrett – akkurat som det ikke kunne karakteriseres som illojalt av kjøperen av skipet å ta konsekvensen av dette²¹⁴ (ved å motsette seg oppfyllelse ved substitutt under skipsbyggingskontrakten).

Min konklusjon etter dette blir at den særskilte begrunnelsen med hensyn til adgangen til å foreta en ombytting under en kontrakt for individuelt bestemte ytelser, i ombyttingstilfellene finnes i den alminnelige lojalitets- og tapsbegrensningsplikten.

²¹⁰ Eller uttrykt på en annen måte: Der substituttet er teknisk og kommersielt likeverdig med det opprinnelige skipet, samtidig som selgeren på en klar og utvetydig måte har gjort det klart at han foretar en ombytting, vil det være illojalt av kjøper å motsette seg ombyggingen. Man foretar derfor i disse tilfellene et utvidende eller utfyllende tolkning av kontraktens angivelse av det individuelt bestemte skipet som oppfyllelsesobjekt, slik at denne også omfatter substituttet.

²¹¹ Uttrykt på en annen måte: Dersom substituttet i alle henseender er likeverdig med det opprinnelig avtalte skipet, kan det være illojalt å avvise substituttoppfyllelse.

²¹² Kjøperen i saken hadde sluttet et certeparti på skipet under byggingen.

²¹³ Forholdet ble tillagt avgjørende vekt for at vilkåret om kommersiell ekvivalens ikke var oppfylt.

²¹⁴ *Factorias v. Arrow III* side 28 første avsnitt.

4 Nærmere om lojalitets- og tapsbegrensningsplikten som grunnlag og skranke for selgers rett til ombytting

4.1 Innledning

Konklusjonen i forrige punkt medfører rent metodisk at det er kjøperens lojalitets- og tapsbegrensningsplikt som er grunnlaget for selgerens rett til å ombytte. Som jeg også nevnte ovenfor, kan de de vilkårene for ombytting som er oppstilt i voldgiftspraksis sees som en kvalifikasjon for når det vil være illojalt for kjøperen å motsette seg ombyttingen.

I neste punkt (4.2) skal jeg gjøre kort rede for innholdet av lojalitetsplikten og så vurdere innholdet av denne opp mot en ombyttingssituasjon. Jeg skal så se hvordan forholdet mellom de materielle vilkårene for ombytting og innholdet av lojalitetsplikten harmonerer i forskjellige ombyttingssituasjoner i de tilfellene hvor vilkårene for ombytting ikke er oppfylt²¹⁵.

Jeg skal så behandle ekvivalensvilkårene som skranke for oppfyllelse (punkt 4.3) og i ette punktet skal jeg også undersøke muligheten for at selger avbøter den manglende ekvivalensen.

Til slutt skal jeg slå fast utgangspunktet om rettsvirkningene av en ombytting i punkt 4.4 før jeg behandler et særspørsmål om det kan tenkes unntak fra dette. Til aller sist i punkt fem, skal jeg over to sider gi noen avsluttende betraktninger om hvorvidt det er heldig med en ombyttingsrett.

Formålet i disse punktene er å peke på noen problemstillinger som oppstår i relasjon til ombyttingen og ombyttingsvilkårene herunder hvordan de er utformet og om

²¹⁵ I det følgende vil jeg imidlertid forutsette at det formelle vilkåret om at selgeren må avgi en rettslig bindende, klar og utvetydig erklæring om ombytting²¹⁵, er oppfylt slik at drøftelsene konsentrerer seg om de tilfellene hvor det er vilkårene om ekvivalens som er det problematiske.

ombyttingsvilkårene gjelder absolutt. Drøftelsene i disse punktene vil i hvert fall delvis være rettspolitiske, med mindre det motsatte fremgår klart²¹⁶.

4.2 Den kontraktsrettslige lojalitetsplikten og vilkårene for ombytting

4.2.1 Innledning

I dette punktet skal jeg bruke en definisjon av lojalitetsplikten²¹⁷ (rett nedenfor) som jeg mener opptar i seg de reelle hensyn som ser ut til å være bærende for ombyttingsretten. De reelle hensyn det er snakk om er å motvirke tap på selgerens hånd som kan oppstå ved kansellering, når kjøper ikke har noen reelle innsigelser mot substituttoppfyllelsen. Jeg skal så ved å bruke den definisjonen av lojalitetsplikten for å undersøke hvordan den harmonerer med ekvivalensvilkårene i forskjellige ombyttingssituasjoner. I den følgende drøftelsen kan altså «lojalitetsplikten» like gjerne forstås som de aktuelle reelle hensyn i en ombyttingssituasjon. Sentralt her er å reise problemstillinger som kan oppstå som følge av hvordan ombyttingsvilkårene er utformet og praktisert, eventuelt se om ekvivalensvilkårene i det hele tatt er heldig utformet.

Innholdet av lojalitetsplikten er ikke klart og autoritativt definert noe sted, men juridisk teori inneholder forsøk på å beskrive innholdet av plikten. Henriette Nazarian²¹⁸ har i sin fremstilling samlet noen slike beskrivelser som utgangspunkt for sin drøftelse, den mest treffende av dem i en ombyttingssituasjon, gjengir jeg her:

I juridisk litteratur er plikten beskrevet på ulike måter. Erling Selvig forklarer plikten slik i Knophs oversikt over norsk rett: «... kravet om at hver av partene skal ta rimelig hensyn til

²¹⁶ Dette gjelder i hovedsak der jeg slår fast rettsvirkningene av ombyttingen i punkt 4.4.2

²¹⁷ «kravet om at hver av partene skal ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser – i hvert fall når det kan gjøres uten omkostning eller ulempe av betydning»

²¹⁸ Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, 2007 side 29

medkontrahentens interesser – i hvert fall når det kan gjøres uten omkostning eller ulempe av betydning.»²¹⁹

Jeg skal nå relatere dette innholdet av lojalitetsplikten til en ombytteingssituasjon.

Det første tilfellet som aktualiserer lojalitetsplikten, er der den ene parten kan ta hensyn til den andres interesser uten at det påfører ham omkostning eller ulempe av betydning. I en ombytteingssituasjon slik denne er definert av meg ovenfor i punkt 1.1, vil det være kjøperens mulighet til å ta hensyn til selgerens interesse som er aktuell. Selgerens interesse i en ombytteingssituasjon vil være å avverge det tap som vil oppstå dersom kontrakten han ønsker å oppfylle med substituttet, faller bort.

For å tydeliggjøre situasjonen som aktualiserer lojalitetsplikten, skal jeg gi en kort gjengivelse av deler av punkt 1.1. i innledningen som skisserer de måter selgeren her vil kunne lide tap på:

Forutsetningen er at selger har tilvirket minst to skip og at kontrakten for ett av dem er kansellert, slik at dette foreligger fritt på selgerens hånd. Det blir så usikkert hvorvidt selgeren vil rekke å levere det andre skipet før fristen for forsinkelsesheving er nådd. Kjernen problemet for selgeren er forutsetningen om han, dersom kontrakten med kjøperen faller bort, vil ha problemer med å oppnå en akseptabel pris for skipet ved salg til en annen kjøper. Dette kan enten skyldes at skipet er spesialtilvirket for kjøperen, slik at det vil ha lav eller ingen verdi for andre, eller at markedet for denne type skip har sunket i tidsrommet mellom kontraktinngåelsen med kjøperen og tidspunktet for levering. På grunn av dette, er det svært uheldig for selgeren om begge kontrakter blir kansellert, da han i det tilfellet vil bli sittende med to skip som kan ha lav eller ingen verdi. Det er dette som er hans motivasjon for å foreta ombyttingen: Dersom denne godtas, vil han i hvert fall få oppfylt en av kontraktene og slik sett begrenset tapet i forhold til resultatet dersom begge kontrakter heves.

²¹⁹ Knophs oversikt, 10. utgave 1993 s. 329

Spørsmålet om kjøperen bør godta en ombytting kan da i relasjon til lojalitetsplikten, formuleres som et spørsmål om det vil være rimelig at kjøperen tar substituttet og om det kan skje uten noen omkostninger eller ulemper av betydning²²⁰.

Hvorvidt dette er tilfellet vil kunne variere. Det har fremgått av den voldgiftspraksis som ble gjennomgått i punkt 3.3, at det er en rekke omstendigheter som kan føre til at ombyttingen ikke kan gjennomføres uten at kjøperen risikerer å bli påført omkostninger eller ulemper. Disse omstendighetene har hittil stengt for ombytting ved at de har hindret at substituttet tilfredsstiller vilkårene om ekvivalens.

4.2.2 Substituttet er ekvivalent²²¹

Forutsatt at skipene er identiske eller kan bli det innen kanselleringsfristen og det heller ikke foreligger andre omstendigheter som kan danne grunnlag for innsigelser mot substituttet²²², vil lojalitetsplikten i denne situasjonen, slik innholdet av den er gjengitt ovenfor, tale for at kjøper godtar substituttoppfyllelsen: Det er her snakk om at kjøper overtar et skip som er likt med det han bestilte, til den prisen han på forhånd sa seg villig til å betale på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Han vil da være i stand til å «ta hensyn til [selgerens] interesser uten at det påfører ham omkostning eller ulempe av betydning». Jeg forutsetter da at resultatet for kjøperen – at han får et skip likt med det han bestilte, til den prisen han var villig til å gi på tidspunktet for avtaleinngåelsen, ikke vil kunne utgjøre noen «ulempe av betydning», selv om skipet nok ved kansellering kunne blitt tilgjengelig for ham til en billigere penge²²³.

²²⁰ I henhold til Erling Selvig i Knophs oversikt, 10. utgave 1993 s. 329.

²²¹ Med dette sikter jeg til at vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens mellom substituttet og det opprinnelig avtalte skipet er oppfylt.

²²² Jeg tenker her på slike omstendigheter som forelå i de to dommene om ombytting som er gjennomgått ovenfor i punkt 3.3. og som der stengte for ombytting. Dette var for eksempel der kjøperen hadde sluttet et certeparti på skipet under byggingen, og befrakteren under dette ikke ville godta at kjøperen oppfylte det med substitutt.

²²³ Jfr. forutsetningen ovenfor om at skipet enten var spesielt bygget for kjøperen og slik vil ha lav verdi for andre, eller at markedet for denne type skip i mellomtiden har sunket.

Min vurdering her blir at innholdet av lojalitetsplikten harmonerer med det aktuelle vilkåret for ombytting. Det må legges til grunn at dette så godt som alltid vil være tilfellet der vilkårene for ombytting er oppfylt, det vil si at substituttet er teknisk og kommersielt ekvivalent med det opprinnelige skipet.

4.2.3 Substituttet er ikke ekvivalent

4.2.3.1 Innledning

Som det har fremgått i gjennomgangen av voldgiftspraksis ovenfor²²⁴ er det imidlertid ikke alltid at substituttet er likt med det opprinnelig avtalte skipet. Dette kan skyldes at substituttet rent fysisk skiller seg fra det opprinnelig avtalte skipet (teknisk ekvivalens). Eller det kan skyldes andre omstendigheter ved substituttet, som fører til at kjøperen vil kunne bli påført ulemper, eller i hvert fall pretenderer å kunne bli påført ulemper dersom han overtar substituttet. Disse sistnevnte omstendighetene relaterer seg gjerne til forhold som ikke er regulert i avtalen²²⁵.

Det kan være en rekke forskjellige omstendigheter som slik kan danne grunnlag for at kjøper reiser innvendinger mot å overta substituttet. Det kan for eksempel være fysiske forhold ved skipet som gjør at kjøper mener det er mindreverdig, eller avtaler med tredjemenn²²⁶ med en tilknytning til skipet. I voldgiftspraksis hittil, er alle slike omstendigheter som ikke relaterer seg til skipets fysiske tilstand, blitt behandlet under vilkåret om kommersiell ekvivalens²²⁷. Disse forholdene vil da være grunnlag for at voldgiftsretten kommer til at vilkårene om ekvivalens ikke er oppfylt.

²²⁴ Punk 3.3

²²⁵ For eksempel: Muligheten for ansvar for bortfall av skattesubsidier.

²²⁶ For eksempel forsikringsavtaler eller certepartier. Dersom disse er sluttet på det opprinnelige skipet, kan det oppstå spørsmål om virkningene av at selger foretar en ombytting og leverer et annet skip. Se punkt 3.3.2.2 om disse forhold i *Factorias v. Arrow III*

²²⁷ Se punkt 3.4.2

I dette punktet skal jeg ta utgangspunkt i innholdet av normen for lojalitetsplikten og spørre om det finnes en nedre grense for vilkårene om ekvivalens. Denne foreskriver at kjøperen skal ta rimelig hensyn til selgerens interesser (ved å overta substituttet) i hvert fall der dette kan gjøres uten kostnad eller ulempe av betydning for kjøperen²²⁸.

Spørsmålet oppstår fordi det er uvisst om *ethvert* avvik vil hindre at substituttet tilfredsstiller vilkårene om ekvivalens. Det foreligger ikke noen holdepunkter for at det finnes noen nedre grense for hvilket avvik som kan avskjære ombyttingsadgangen i den voldgiftspraksis som hittil er gjennomgått og vilkårene om teknisk og kommersiell ekvivalens er for så vidt også absolutt utformet²²⁹. Det er derfor vanskelig å si om det teoretisk kan tenkes et teknisk eller kommersielt avvik mellom substituttet og det opprinnelige skipet som ikke vil avskjære ombytting etter vilkårene om ekvivalens.

Spørsmålet kan da formuleres som om det kan tenkes et avvik mellom substituttet og det opprinnelige avtalte skipet som vil avskjære ombytting etter vilkårene om ekvivalens, samtidig som lojalitetsplikten tilsier at han burde ta skipet? Spørsmålet blir rettspolitisk, fordi den siterte lojalitetsplikten ovenfor ikke utgjør noe eget grunnlag for å påtvinge kjøperen substituttet – etter min analyse ovenfor har voldgiftsretten på sett og vis allerede foretatt vurderingen av når det vil være illojalt å nekte substituttoppfyllelse, og det er når vilkårene for ekvivalens er oppfylt. Men spørsmålet er likevel nyttig, for å undersøke om vilkårene for ombytting er heldig utformet.

Dette er i prinsippet et spørsmål om offergrensen for kjøperen – hva er «rimelig hensyn»? Og hvilken ulempe eller omkostning vil være «av betydning?». Grensen må i prinsippet trekkes i to relasjoner: For det første er det spørsmålet om hvor stor ulempen eller omkostningen må være for at den skal være «av betydning» etter innholdet av lojalitetsplikten. Denne problemstillingen skal jeg gå nærmere inn på nedenfor i punkt 4.2.2.1.

²²⁸ Knophs oversikt, 10. utgave 1993 s. 329, se ovenfor punkt 4.2.

²²⁹ Til forskjell for om vilkåret for eksempel hadde vært at substituttet skulle være «tilnærmet» ekvivalent.

For det andre kan det, der omkostningen eller ulempen er usikker, være grunn til å spørre om hvor sannsynlig det er at kjøperen vil påføres den aktuelle ulempen eller omkostningen som en følge av ombyttingen for at den skal komme i betraktning. I de dommene som er gjennomgått foran, har hittil enhver av kjøperens innsigelser som blir drøftet av voldgiftsretten vunnet frem, i den forstand at de har hindret at vilkåret om ekvivalens er oppfylt. Denne problemstillingen skal jeg behandle nærmere nedenfor i punkt 4.2.2.2.

4.2.3.2 Vilklårene om ekvivalens – størrelsen på avviket

I ND 2001 s. 526, var det var spørsmål om betydningen av at substituttet hadde installert en annen baugpropell og «bilge water separator» enn avtalt for det opprinnelige skipet. Forholdet ville koste USD 2,9 millioner å utbedre og kontraktsprisen på skipet var på USD 35 millioner²³⁰. Avviket medførte etter voldgiftsrettens vurdering at substituttet ikke var teknisk ekvivalent med det opprinnelige skipet²³¹. I dette tilfellet var avviket av en viss størrelse, og det må legges til grunn at det ville utgjort en omkostning av «betydning», i relasjon til lojalitetsplikten, slik at vilkåret om ekvivalens i denne saken harmonerte med vilkåret etter den alminnelige lojalitetsplikten.

Men hva hadde vært utfallet dersom det kun hadde kostet USD 290 tusen å utbedre forholdet, altså få skipet ekvivalent? Avviket hadde da utgjort mindre enn en prosent av kontraktssummen for skipet og ville slik sett vært en bagatell. Det er et åpent spørsmål om dette ville hindret ombytting med hensyn til vilklårene om ekvivalens, ettersom det i voldgiftspraksis ikke foreligger noe eksempel på at en innvending mot substituttets ekvivalens *ikke* er blitt tatt til følge.

Et nærliggende spørsmål er om det kan finnes veiledning for dette spørsmålet i regler som egentlig regulerer andre kontraktsrettslige problemstillinger. Ett mulig område å

²³⁰ ND 2001 s. 526 side 1, fjerde avsnitt.

²³¹ ND 2001 s. 526 side 15, avsnitt 10.

finne slik veiledning på, vil være reglene om kjøpers avvisningsrett. I reglene om kjøpers avvisningsrett er lojalitetsbetraktninger bærende for enkelte av reglene og det kan spørres om det ikke i disse reglene kan finnes grunnlag for en vurdering av hvor absolutt vilkårene om ekvivalens bør utøves. Dette skal jeg behandle i punkt 4.3.4.

4.2.3.3 Vilåårene om ekvivalens relatert til usikre følger av ombytingen

Som nevnt ovenfor kan det i relasjon til innholdet av lojalitetsplikten spørres om hvor sannsynlig det må være at den aktuelle ulempen eller omkostningen inntre for at det for kjøperen ikke skal være et rimelig å ta hensyn til selgerens interesse (ved å godta substituttoppfyllelse). I relasjon til vilåårene for ombyting, har også her voldgiftsretten hittil tatt enhver innsigelse fra kjøperen til følge.

I *Factorias v. Arrow III*²³² hadde kjøperen motsatt seg ombyting og blant annet med henvisning til muligheten for at ombytingen skulle få innvirkning på den spanske skatteordningen (skattesubsidier) partene søkte å dra nytte av i forbindelse med byggingen av skipet. Partene hadde benyttet en spesiell kontraktsstruktur²³³ for å oppnå dette og kjøperens bekymring var at en ombyting kunne innvirke på denne og at kjøperen skulle bli gjort ansvarlig for skattesubsidiene. Selger hadde forsikret om at ingen nye byrder ville falle på kjøperen som følge av ombytingen, men dette hjalp ikke. Voldgiftsretten kom til at den usikkerheten forholdet²³⁴ skapte, i seg selv var et kommersielt relevant grunnlag for å motsette seg substituttoppfyllelse.²³⁵

²³² Gjennomgått ovenfor i punkt 3.3.2.

²³³ Dette omfattet inngåelse av en rekke kontrakter med forskjellige spanske investerings- og finansieringsselskaper. Ved at et av de spanske selskapene formelt eide og bortfraktet det opprinnelige skipet i to år, ville alle parter dra nytte av den spanske skatteordningen, selv om kjøper var reell kjøper og eier.

²³⁴ Denne innvendingen var blant flere usikre følger av ombytingen, se punkt 3.4.2.

²³⁵ *Factorias v. Arrow III* side 27 femte avsnitt

Det finnes etter dette heller ikke noe grunnlag for å oppstille noen nedre grense for hvor sannsynlig en følge må være for at den skal kunne tas i betraktning under vurderingen av vilkårene om ekvivalens.

Med hensyn til den tilsvarende vurderingen under lojalitetsprinsippet, hvor innholdet er at kjøper må ta rimelig hensyn til selgers interesser (ved å ta substituttoppfyllelse), i hvert fall der kan han gjøre dette uten at det medfører noen ulempe eller omkostning av betydning for ham, finnes det heller ikke noe grunnlag for å oppstille en slik grense for hvor sannsynlig den aktuelle omkostningen eller ulempen for kjøper må være for at han skal være fritatt for å ta substituttoppfyllelse. En begrensning kan tenkes å ligge i at kjøper kun plikter å ta «rimelig hensyn». Dersom konsekvensene av ulempen blir store, slik som det potensielle ansvaret for skattesubsidiene, kan kanskje ulempen i seg selv være lite sannsynlig, uten det da vil være «rimelig» å ta substituttoppfyllelse.

Et argument for at vilkåret om ekvivalens kan praktiseres absolutt, slik at enhver usikkerhet med hensyn til mulige negative følger av ombytingen avskjærer ombyting, kan finnes i det som er hovedregelen for oppfyllelsesobjektet under skipsbyggingskontrakter: At selgeren må levere det individualiserte skipet kontrakten gjelder og ikke kan bytte dette med et annet uten samtykke fra kjøperen²³⁶. De usikre følgene av ombytingen som hittil har vært behandlet i voldgiftspraksis²³⁷, har nettopp vært konsekvenser av at selger ønsker å foreta en ombyting av et individuelt bestemt skip. For eksempel er forsikringen knyttet til det individuelle skrognnummeret. Og det er på grunn av ombytingen av dette individualiserte skrognnummeret usikkerheten oppstår²³⁸. Det kan da argumenteres for at selgeren, som er den som er interessert i å gjennomføre ombytingen, bør bære risikoen for slike omstendigheter ved at ombyting nektes så lenge det foreligger uklarheter med hensyn til konsekvensene av en ombyting.

²³⁶ Se punkt 3.3.2.1 hvor det slås fast at en skipsbyggingskontrakt som utgangspunkt gjelder en individuelt angitt ytelse.

²³⁷ Mulig ansvar for spanske skattesubsidier, forholdet til forsikringer og finansiering, se *Factorias v. Arrow III* side 27. Alle disse mulige konsekvenser var usikre, men voldgiftsretten antok at usikkerheten i seg selv utgjorde «relevant kommersielt» grunnlag for å avvise substituttet.

²³⁸ *Factorias v. Arrow III* side 10 avsnitt 6 og side 12 avsnitt 6 flg.

4.3 Ekvivalensvilkårene som skranke for oppfyllelse?

4.3.1 Innledning

I dette punktet skal jeg foreta en nærmere behandling av ekvivalensvilkårene som skranke for oppfyllelse²³⁹.

De alminnelige skranke for selgers oppfyllelse under en skipsbyggingskontrakt er reglene om kjøpers avvisnings²⁴⁰- og hevingsrett²⁴¹. Med unntak for det rene forsinkelsesmislighold²⁴², forutsetter disse regelsettene en vurdering av skipets tilstand, ved at hevingsrett som hovedregel inntreffer først ved vesentlige mangler²⁴³, og at avvisningsretten ikke kan utøves for mangler av mindre betydning som kan utbedres etter levering²⁴⁴²⁴⁵. Adgangen til å heve en skipsbyggingskontrakt er som utgangspunkt ganske snever²⁴⁶. Problemstillingen i dette punktet er om ekvivalensvilkårene fungerer som en egen og strengere skranke for substituttoppfyllelse, i forhold til hva som gjelder for det opprinnelige skipet²⁴⁷.

²³⁹ Betydningen at noe er en skranke for oppfyllelse, er at det hindrer selgeren fra å opptjene vederlagskravet., jfr. punkt 2.3.1.1.

²⁴⁰ Se punkt 2.2.2

²⁴¹ Se punkt 2.5

²⁴² Se punkt 2.2. Dette omfatter det tilfellet av levering overhodet ikke skjer.

²⁴³ Om den noe uklare situasjonen der manglene ikke er regulert i kontrakten, se punkt 2.5.2

²⁴⁴ Artikkel VII nr 4 bokstav (d).

²⁴⁵ Reglene om kjøpers avvisningsrett er da med på å avgjøre grensen mellom forsinkelse og mangler, ved at selgeren vil være eksponert for forsinkelseskansellering der kjøperen kan utøve avvisningsrett frem til kanselleringsfristen.

²⁴⁶ Se om heving fra kjøpers side nedenfor i punkt 2.5, særlig for mangler som ikke er positivt regulert i avtalen, skal det være en snever adgang til heving.

²⁴⁷ Ekvivalensvilkårene stiller på sin side krav om at skipet må være teknisk og kommersielt likeverdig med det opprinnelig avtalte skipet. Som det har fremgått av punkt 4.2.2.1 er det ikke i voldgiftspraksis definert noen nedre grense for når et avvik avskjærer ombytting.

Beslektet med spørsmålet om det finnes en nedre grense²⁴⁸ for når et avvik avskjærer ombytting, er spørsmålet om hvordan vilkårene om ekvivalens forholder seg til det faktum at det opprinnelige avtalte skipet, i hvert fall der det er kontrahert under Skip 2000, ikke behøver å oppfylle avtalens krav i enhver relasjon for å kunne være gjenstand for levering²⁴⁹.

Jeg skal i det følgende punkt 4.3.1 drøfte om de kravene som stilles til substituttet med grunnlag i vilkåret om teknisk ekvivalens harmonerer med de reglene som gjelder for kravene til det originale skipets tilstand ved levering. For vilkåret om kommersiell ekvivalens blir spørsmålet noe mer innfløkt, ettersom de innsigelser som danner grunnlag for nektelse av ombyttingen under vilkåret om kommersiell ekvivalens, gjennomgående ikke er gjenstand for noen regulering i avtalen. Dette skal jeg behandle nærmere i punkt 4.3.2.

4.3.2 Vilkåret om teknisk ekvivalens

Under vilkåret om teknisk ekvivalens har voldgiftsretten hittil behandlet fysiske avvik fra de krav kjøperen kunne stilt til det opprinnelige skipet. Hittil har både konkrete avvik, som forskjeller i hvilket utstyr som er installert på substituttet og det opprinnelige skipet, og mer abstrakte avvik, som en sterk mistanke om generelt lavere kvalitet, avskåret selger fra å kunne ombytte²⁵⁰.

Et selvstendig spørsmål er om kjøperen må akseptere avvik ved substituttet som han måtte akseptert (eventuelt mot prisavslag) under kontrakten for det opprinnelige skipet. Dette kan for eksempel tenkes å være slike avvik fra kravene til fart, drivstofforbruk, lastekapasitet og dødvekt som er regulert i artikkel IV nr. 2 til 5, eller en mindre viktig mangel eller en anbefaling fra klasseselskap eller myndighet som ville gitt selger rett til

²⁴⁸ Se punkt 4.2.2.1.

²⁴⁹ Jfr. Skip 2000 sine bestemmelser om prisavslag ved mangler og mangelfull overtagelse mot senere utbedring.

²⁵⁰ Se punkt 3.4.1.

å oppfylle mot senere utbedring etter Artikkel VII nr. 4 bokstav (d)²⁵¹. Dersom vilkåret om ekvivalens er absolutt og relaterer seg til de *avtalte* egenskaper for det opprinnelige skipet, har man via ekvivalensvilkåret innført hevingsrett for enhver mangel ved substituttet.

Dette ville etter min oppfatning vært en uheldig løsning, dersom man først aksepterer en ombytningsrett. Dette begrunner jeg med at kjøperen aldri hadde noe krav på at skipet ble levert uten slike mangler, jfr. Skip 2000 sine bestemmelser om mangelfull oppfyllelse mot prisavslag eller senere retting²⁵². Det er ikke noe i ombyttingssituasjonen som tilsier at han skal stilles sterkere enn om det var det opprinnelig avtalte skipet som ble levert. På grunn av dette vil jeg legge til grunn at vilkåret om teknisk ekvivalens stiller krav om at substituttet må være likeverdig med de krav kjøperen kunne stillet til det opprinnelig avtalte skipet. Dette må i hvert fall gjelde med hensyn til de mangler som er positivt regulert i kontrakten.

Hva som faktisk er gjeldende rett på dette punktet er imidlertid ikke sikkert, ettersom anførselene alltid har relatert seg til hvorvidt substituttet er ekvivalent eller ikke, og ikke til en eventuell rett til å levere mot prisavslag.

4.3.3 Vilket om kommersiell ekvivalens

Spørsmålet i dette punktet er om ethvert avvik fra vilkåret om kommersiell ekvivalens medfører at ombytningsmuligheten er avskåret. Som jeg allerede har vist ovenfor under punkt 4.2.2. er det heller ikke for vilkåret for kommersiell ekvivalens definert noen nedre grense for avvik som vil avskjære ombytting.

Vilkåret om kommersiell ekvivalens er i denne sammenheng spesielle fordi de forhold som hittil har vært behandlet under vilkåret, gjennomgående har vært en type forhold

²⁵¹ Dette er bestemmelsen om kjøpers avvisningsrett, se punkt 2.2.1.

²⁵² Artikkel IV nr. 2 til 5 og Artikkel VII nr. 4 bokstav (d)

som er direkte foranlediget av selve ombytingen. Jeg viser da til *Factorias v. Arrow III*²⁵³ og de innsigelser som der ble reist mot substituttets kommersielle ekvivalens:

Innsigelsene²⁵⁴ omfattet blant annet usikkerhet (som ble foranlediget av ombytingen) rundt forsikring, mulig ansvar for skattesubsidier og bortfall av låneavtaler²⁵⁵.

Usikkerheten rundt disse forholdene utgjorde etter voldgiftsretten et relevant kommersielt grunnlag for å motsette seg substituttoppfyllelse²⁵⁶. Som jeg viste ovenfor i punkt 4.3.1, kan de innsigelser som relaterer seg til vilkåret om teknisk ekvivalens ofte være gjenstand for regulering i avtalen mellom kjøper og selger. Der dette er tilfellet kan man la avtalens regulering av spørsmålet være avgjørende for konsekvensene av innsigelsen, for eksempel slik at mangler som ville gitt rett på prisavslag men ikke heving etter kontrakten²⁵⁷, ikke vil avskjære ombyting etter vilkåret om teknisk ekvivalens.

For de omstendighetene som er omfattet av vilkåret om kommersiell ekvivalens vil man imidlertid ikke ha slike holdepunkter for hvordan man skal håndtere avviket i avtalen. Tvert imot vil flere av de omstendighetene som vurderes under vilkåret om kommersiell ekvivalens, normalt være selgeren uredkommende, hadde det vært omstendigheter ved leveringen av det opprinnelig avtalte skipet. Et eksempel er den ene innsigelsen selgeren hadde mot substituttoppfyllelse i *Factorias v. Arrow III*:

I *Factorias v. Arrow III* kjøperen under skipsbyggingskontrakten sluttet et tidscerteparti på skipet under byggingen, og befrakteren under certepartiet gjorde det klart for kjøperen at han kom til å motsette seg substituttoppfyllelse under tidscertepartiet.

²⁵³ Gjennomgått ovenfor i punkt 3.3.2 og 3.4.

²⁵⁴ For en mer detaljert gjennomgang av de kommersielle forholdene i denne saken, viser jeg til punkt 3.4.2.

²⁵⁵ Anførlene er noe uklare på hvorvidt det er ombytingen som sådan som eksponerer Arrow-gruppen for risikoen for mislighold av finansieringsavtalene, eller om det er det potensielle kravet som følge av at den spanske skatteordningen kunne falle bort som forårsaker dette.

²⁵⁶ Se punkt 3.4.2

²⁵⁷ Artikkel IV nr. 2 til 5

Kjøperen mente at dette måtte medføre at substituttet ikke var kommersielt ekvivalent og voldgiftsretten sa seg enig, idet de la avgjørende vekt på dette forholdet²⁵⁸.

I den alminnelige obligasjonsretten, vil det isolerte faktum at kjøperen av et skip, ved kansellering fra befrakter, mister certepartiet han har sluttet på skipet, som utgangspunkt være kjøperens egen risiko, idet det som hovedregel må være selgeren uvedkommende hva slags avtaler kjøper slutter på skipet før levering, med mindre forholdet er gjort til del av avtalen mellom kjøper og selger²⁵⁹.

I ombyttningstilfellene fungerer imidlertid dette certepartiet som en skranke for ombyttingen gjennom vilkåret om kommersiell ekvivalens.

Forklaringen må ligge i bakgrunnen for vilkåret om ekvivalens, som er at selgeren etter skipsbyggingskontrakten er forpliktet til å levere det individuelt bestemte skipet²⁶⁰ og at en adgang til ombytting, er et unntak fra dette. Dette unntaket er man ikke villig til å gjøre dersom ombyttingen medfører ulemper eller omkostninger for selgeren²⁶¹²⁶². Slik

²⁵⁸ Se punkt 3.4.2

²⁵⁹ Dette støttes for så vidt også av at selgeren av et skip etter Skip 2000, som den helt klare hovedregel ikke har noe ansvar for tap som måtte oppstå for kjøperen som følge av selgerens mislighold, jfr. Artikkel XII nr. 1 siste ledd

²⁶⁰ Jfr. punkt 3.2.1. om individuelt bestemte forpliktelser og punkt 3.3.2.1. om prestasjonsanalysen i *Factorias v. Arrow III*

²⁶¹ Etter min teoretiske fremstilling av innholdet av lojalitetsplikten i punkt 4.2 flg, kan man formulere dette som at kjøperen da ikke vil kunne overta substituttet *uten ulempe eller omkostning av betydning*, og da aktualiseres heller ikke lojalitetsplikten.

²⁶² Et selvstendig poeng er imidlertid at certepartiet ikke nødvendigvis faller bort på grunn av ombyttingen. Foranledningen for ombyttingen er at det opprinnelige skipet ser ut til å bli håpløst forsinket, jfr. punkt 1.1. Dersom det opprinnelige skipet uansett ikke kunne vært levert før kanselleringsfristen i certepartiet, vil årsaken til at certepartiet faller bort, være forsinkelsen med det opprinnelige skipet. Ombyttingen er da en selvstendig disposisjon som ikke angår certepartiet, rent kasuelt. Dersom det opprinnelige skipet kunne vært levert innen kanselleringsfristen for certepartiet, men ikke innen kanselleringsfristen under byggekontrakten, og selgeren foretar en ombytting for å forsøke å sikre seg mot kansellering fra kjøperens side, vil derimot ombyttingen være årsak til at skipet faller bort. I denne situasjonen burde det imidlertid være mulig å få til en fristutsettelse med kjøper, dersom han virkelig mener det er så viktig å oppfylle certepartiet.

sett forhindres potensielle ulemper som følge av ombyttingen gjennom vilkårene om ekvivalens. Spørsmålet er imidlertid om vilkåret om kommersiell ekvivalens fungerer som en absolutt skranke for ombytting.

Ovenfor i dette punktet nevnte jeg innsigelsene fra *Factorias v. Arrow III* som avskar muligheten for ombytting og som blant annet relaterte seg til usikkerhet rundt forsikringer, mulig ansvar for bortfall av skattesubsidier, med mer. Det må forutsettes disse omstendighetene ikke hadde avskåret ombytting dersom de hadde vært bragt i orden innen kanselleringsfristen for kontrakten substituttet skal oppfylle²⁶³.

Jeg skal nå reise problemstillingen om man kan gå ett skritt lengre, og tillate at selgeren avbøter konsekvensene av innsigelsen som fører til at vilkåret om kommersiell ekvivalens ikke er oppfylt, og om han på denne måten kan få muligheten til å oppfylle kontrakten. Jeg skal illustrere betydningen med et eksempel:

Jeg tar utgangspunkt i det certepartiet som jeg nevnte ovenfor og som avskar ombytting i *Factorias v. Arrow III*. I denne saken var den totale kontraktprisen på EUR 75 millioner²⁶⁴. Verdien på certepartiet er ikke opplyst i dommen, men det er klart at denne kan variere, særlig dersom en tar høyde for muligheten for svingninger i markedsforhold i tidsrommet mellom kontraktinngåelse og leveringsdatoen²⁶⁵. Men også i alminnelighet må det kunne antas at certepartiet kan ha en lav verdi sammenlignet med prisen på skipet. I disse tilfellene kan man spørre om ikke selgeren burde få anledning til å oppfylle kontrakten ved ombytting, mot at han kompenserer kjøper for det tap han lider som følge av at han ikke får oppfyllelse med det opprinnelige skipet.

²⁶³ Dette støttes for så vidt av at flertallet i *Broström v. Factorias* på side 15 avsnitt 10 (i relasjon til tekniske forskjeller på substituttet og det opprinnelige skipet, som avskjærer ombytting) sier, som begrunnelse for at vilkåret om teknisk ekvivalens ikke er oppfylt, at «det er ikke opplyst og kan ikke legges til grunn at [selger] på noe tidspunkt tilbød ombygging for [selgers] regning slik at skipene kunne bli teknisk like». Uttalelsen forutsetter at selger ved å tilby slik ombygging for egen regning, kunne oppfylt vilkåret om teknisk ekvivalens

²⁶⁴ *Factorias v. Arrow III* side 3

²⁶⁵ Jeg forutsetter da at kjøperen ikke slutter certepartiet på skipet allerede ved kontraktsinngåelsen.

Muligheten har ikke vært drøftet i voldgiftspraksis og det kan spørres om hvilket grunnlag som kan oppstilles for en slik adgang.

For det første kan man henvise til bakgrunnen for ombyttingsretten, som etter min drøftelse i punkt 3.5.2. og 4 flg. er den ulovfestede lojalitetsplikten. Kjernen i denne er at kjøperen plikter å ta rimelig hensyn til selgerens interesse der han kan gjøre dette uten ulempe eller omkostning av betydning²⁶⁶. I eksempelet med certepartiet vil omkostningen klart nok være bortfallet av de inntekter kjøperen ville hatt under certepartiet, og dersom disse kan kompenseres av selgeren, vil det ikke oppstå noen omkostning ved ombyttingen. Dette utgjør i så fall den rettspolitiske begrunnelse for en adgang for selgeren til å kompensere kjøperen for hans tap som følge av ombyttingen og slik sett omgå vilkåret om kommersiell ekvivalens.

Med hensyn til et rettslig grunnlag for en slik adgang har man beslektede regler i bestemmelsene om kjøpers avvisningsrett. Dette skal være tema for neste punkt.

4.3.4 Avvisning av substituttet

4.3.4.1 Innledning

Problemstillingen som er reist over er om vilkåret om kommersiell ekvivalens avskjærer ombytting i ethvert tilfelle, eller om selgeren kan tenkes å få oppfylle med substituttet, mot at han avbøter de potensielle ulemper eller omkostninger som substituttoppfyllelsen medfører.

Dette punktet er kalt avvisning av substituttet fordi de regler som er nærmest å regulere spørsmålet i den alminnelige obligasjonsretten, er reglene om kjøpers avvisningsrett. Jeg skal innlede dette punktet med å gjøre rede for noen poenger under reglene for

²⁶⁶ Selvig i Knophs oversikt, 10. utgave 1993 s. 329, se punkt 4.2.

selgers avvisningsrett som kan være relevante for vår problemstilling.

Skjæringstidspunktet for mangelsbedømmelsen²⁶⁷ i kjøpsretten, er som hovedregel tidspunktet for leveringen²⁶⁸. Og dersom det på leveringstidspunktet foreligger mangler, kan kjøperen avvise oppfyllelsestilbudet dersom vilkårene for det er oppfylt. Avvises ytelsen, utsettes leveringen og oppfyllelsesvirkninger uteblir. Og dersom avvisningen kan opprettholdes lenge nok, vil det kunne medføre forsinkelsesmislighold²⁶⁹ og hevingsrett.

Et vesentlig poeng er at ikke alle mangler gir avvisningsrett. Jeg viser her til punkt 2.2.1 til 2.2.3 for en nærmere behandling av reglene om dette i Skip 2000, men gjengir kjernen i Artikkel VII nr. 4 bokstav (d): Dersom manglene er av mindre viktighet og selgeren ikke kan utbedre dem innen rimelig tid, kan han likevel gis anledning til å oppfylle, forutsatt at selgeren for egen regning utbedrer manglene så snart som mulig og holder kjøper skadesløs for følger av manglene, inkludert tidstap²⁷⁰. Under disse forutsetningene, blir selgeren altså gitt anledning til å påtvinge oppfyllelse, selv om den er mangelfull.

Relevansen for oss er at dette regelsettet har en viss parallell i relasjon til substituttet, og vilkårene om ekvivalens. Men de innsigelser kjøperen i dette tilfellet reiser mot substituttet er ikke omstendigheter som utgjør mangler i vanlig forstand²⁷¹ og de bør etter min mening ikke vurderes etter de positive bestemmelsene i Skip 2000. Prinsippet er imidlertid det samme: Skal kjøperen få avvise²⁷² substituttet på grunn av et hvert avvik fra vilkåret om ekvivalens, eller kan selgeren få oppfylle til tross for at kjøperen

²⁶⁷ Det vil si vurderingen av om tingen har mangel.

²⁶⁸ Kjl § 21 (1) jfr § 13(1) og (2)

²⁶⁹ I Skip 2000 vil forsinkelsesmislighold medføre dagbøter, jfr. artikkel IV nr. 1

²⁷⁰ Skip 2000 Artikkel VII nr. 4 bokstav (d)

²⁷¹ Kjl § 17 bestemmer at alle avvik fra avtalen (ferdig tolket og utfylt) utgjør mangler etter kjøpsloven. Innsigelser som behandles etter vilkåret om kommersiell ekvivalens vil imidlertid ikke ha noe utspring av avtalen. Vilårene er skapt i rettspraksis for å hindre eventuelle ulemper for selgeren av at kjøper får en oppfyllelsesmulighet han etter avtalen egentlig ikke skulle hatt.

²⁷² Avvisningen av substituttet vil her ha samme effekt som en heving. Dersom vilårene er absolutte, plikter jo kjøperen aldri å ta substituttet dersom det kan finnes relevante innvendinger mot den kommersielle eller tekniske ekvivalensen.

reiser relevante innvendinger mot den kommersielle ekvivalensen, eventuelt mot en kompensasjon?

Spørsmålet er derfor om man kan oppstille en tilsvarende regel på ulovfestet grunnlag. I neste punkt skal jeg behandle en dom om avvisningsretten med sikte på å finne veiledning for hva vurderingstemaet i så fall må bli for vårt spørsmål.

4.3.4.2 ND 1974 s. 27 Fernbay

Dommen gjaldt kjøperens midlertidige avvisning av et nybygg på grunn av problemer med det installerte giret, som førte til pålegg²⁷³ fra Det Norske Veritas. Spørsmålet i saken var om kjøper kunne avvise oppfyllelse, eller måtte ta skipet som det var mot senere utbedring dersom det ble nødvendig. Avtalen som regulerte forholdet inneholdt ikke noen regulering av avvisningsretten og det var heller ikke rom for noen utfylling med daværende kjøpslov som modell²⁷⁴. Voldgiftsretten uttalte at den måtte basere seg på overveielser over hvilke regler som er hensiktsmessige og rettferdige, sett på bakgrunn av den fordeling av risiko og ansvar som skipsbyggingskontrakten for øvrig hjemler²⁷⁵. Resultatet ble at man måtte foreta en vurdering av de to parter interesser i forhold til hverandre. Rent konkret må man vurdere de ulemper og den risiko rederiet påføres ved å måtte overta et nybygg som ikke er i kontraktsmessig stand og på den annen side det tap verkstedet blir påført ved at leveringstiden blir utsatt²⁷⁶. Det overordnede spørsmålet er om det er rimelig å gi kjøperen rett til å gjøre gjeldende en så vidt streng beføyelse som midlertidig avvisning.

Voldgiftsretten uttaler i tillegg at dersom den midlertidige avvisning betyr en så langvarig utsettelse av leveringen at bestilleren vil få rett til å heve pga. forsinkelsen,

²⁷³ Pålegget bestemte at skipet skulle undergå fremtidige inspeksjoner og forutsatte slik sett at skipet ble satt i drift for at eventuelle feil eller mangler ved giret skulle kunne oppdages

²⁷⁴ ND 1974 s. 27 på side 59

²⁷⁵ ND 1974 s. 27 på side 59

²⁷⁶ ND 1974 s 27 på side 60

må det være et minstevilkår for retten til avvisning at manglene er vesentlige i relasjon til hevingsreglene²⁷⁷.

Drøftelsen er knyttet opp mot fysisk mangel, men deler av vurderingene som gjøres for å treffe avgjørelsen, kan likevel være veiledende for vårt tema. Jeg skal nå foreta en drøftelse av innsigelser relatert til den kommersielle ekvivalensen opp mot de vurderingstemaer som blir angitt i dommen.

En grunnleggende forutsetning for dommens vurderingstema, er at alternativene er enten å avvise inntil utbedring har skjedd, eller å overta skipet mot senere utbedring. Vårt spørsmål er om selgeren i det hele tatt kan gis anledning til å kompensere for den manglende ekvivalensen. En forskjell blir her at dommen forutsetter at kjøperen får oppfylle dersom utbedring kan skje før levering²⁷⁸, mens det er ulempene ved å overta et mangelfullt skip mot senere utbedring som må vurderes nærmere. Overført til vårt tilfelle kan det bety at det bør sondres mellom innsigelser mot substituttet som klart kan kompenseres før eller ved levering, og de hvor dette ikke er så lett. Ett nærliggende eksempel er her forskjellen på certepartiet som ble nevnt ovenfor og det mulige ansvaret for skattesubsidier²⁷⁹. Kjøperens ulempe ved at certepartiet faller bort, vil kunne fastslås ganske sikkert, både med hensyn til sannsynligheten og omfanget av ulempen (tapet). Det samme gjelder ikke det mulige ansvaret for skattesubsidiene. Her er det i utgangspunktet rom for betydelig mer usikkerhet rundt både sannsynligheten for ansvaret og omfanget av det. Konsekvensene av dette skal jeg gjøre rede for i det følgende, under de enkelte vurderingstemaene fra dommen.

Vurderingen skal for det første ta hensyn til den fordeling av risiko og ansvar som skipsbyggingskontrakten for øvrig hjemler, og vurdere de ulemper og den risiko rederiet påføres ved å måtte overta et nybygg som ikke er i kontraktsmessig stand og på den annen side det tap verkstedet blir påført ved at leveringstiden blir utsatt.

²⁷⁷ ND 1974 s. 27 på side 61

²⁷⁸ I substitusjonstilfellene kan dette omskrives til at kompensering skjer før levering

²⁷⁹ Se punkt 4.3.3. om de to innsigelsene.

For å vurdere den fordeling av risiko og ansvar som kontrakten for øvrig hjemler kan man for substituttets del ta utgangspunkt i at avtalen ikke behandler de omstendigheter som typisk angår substituttets kommersielle ekvivalens. Men disse omstendighetene vil gjennomgående være aktualisert²⁸⁰ av ombytingen, og siden avtalen hviler på en forutsetning om at ombyting ikke kan skje²⁸¹, må vurderingen her ta som utgangspunkt at selger, som har interessen i ombytingen, som hovedregel bærer risikoen for den kommersielle ekvivalensen til substituttet.

De ulemper og den risiko rederiet påføres ved at man tillater oppfyllelse mot kompensasjon vil kunne variere alt etter hvilken innsigelse det er snakk om, mens konsekvensene av en avvisning for selger ligger fast²⁸². For certepartieksempelen nevnt ovenfor, vil kjøperens ulempe kunne elimineres helt. Dette følger av at kjøperens tap ved bortfall av certepartiet vil kunne tallfestes og kompenseres nøyaktig²⁸³.

For de følger som er mer usikre både med hensyn til inntreden og omfang, som for eksempel ansvaret for skattesubsidiene²⁸⁴, blir spørsmålet mer sammensatt. Sannsynligheten for og omfanget av ansvaret kan være usikkert. Et alternativ ville vært å la selger garantere for et mulig ansvar. Men det kan da lett oppstå uenighet om garantibeløpet, eventuelt også hvor lenge forpliktelsen skulle løpe. Potensielle ulemper for kjøperen her vil være at selgeren kanskje, når garantiansvaret eventuelt skulle bli aktualisert, reiser innvendinger mot betalingsplikten, med prosess som følge. Videre vil man alltid ha en konkurrisiko, slik at det på et senere tidspunkt ikke er sikkert at selger er i stand til å kompensere, skulle det bli aktuelt. Det vil da være rom for betydelige

²⁸⁰ Eksempelvis oppstår alle spørsmålene i *Factorias v. Arrow III* relatert til ansvar for skattesubsidier og forsikring som en direkte følge av ombytingen, se for øvrig punkt 4.2.2.2

²⁸¹ Etter som skipsbyggingsavtalen gjelder en bestemt angitt forpliktelse som oppfyllelsesobjekt.

²⁸² Avvisning her, betyr jo at selger ikke får anledning til å oppfylle mot kompensasjon. Da vil man falle tilbake på regelen om kjøper ikke plikter å ta substituttet når det ikke er ekvivalent og han kan da heve kontrakten for det opprinnelige skipet uten hensyn til selgerens substitusjonstilbud

²⁸³ Med mindre man anser det som en ulempe i seg selv å misligholde certepartiet. Dette kan nok være tilfellet, men man må eventuelt vurdere om det egentlig er ombytingen som er årsak til misligholdet av certepartiet, se note 261.

²⁸⁴ Se punkt 3.4.2 og 4.2.2.2 om disse

ulempen for selger dersom han må overta substituttet, kontra det tilfellet at han hadde fått anledning til å avvise²⁸⁵ det. I de tilfellene mener jeg at man må falle tilbake på utgangspunktet om hvem som bærer risikoen for den manglende ekvivalensen, og det må gjennomgående være selger, jfr. det som er sagt om dette²⁸⁶ lengre opp i dette punktet og i punkt 4.2.2.2.

Hvordan interesseavveiningen nærmere skal foretas er ikke sikkert. Det er ulempene og risikoen for kjøper som skal vurderes opp mot tapet til selger. Ettersom vilkåret om kommersiell ekvivalens avskjærer ombytting, vil konsekvensen for selger gjennomgående bli at den opprinnelige kontrakten kan heves, der kjøper ikke plikter å ta substituttet. Dette medfører at vurderingen alltid vil måtte ta utgangspunkt i at en nektelse av oppfyllelse mot kompensasjon vil kunne ha store følger for selgeren²⁸⁷.

Selv om man vurderer det dithen at en nektelse gjennomgående vil ha store følger for selgeren, bør man etter min oppfatning likevel ikke legge stor vekt på dette. Dette følger av den risikobetraktning som ble gjort ovenfor: Det er ombyggingen, som i seg selv er et unntak fra kjøperens rett til å motsette seg oppfyllelse med noe annet enn det skipet som er individualisert i kontrakten, som foranlediger spørsmålet. Og ombyggingen er foranlediget av at selgeren ikke maktet å bygge ferdig det opprinnelige skipet før kanselleringsfristen. I en slik situasjon bør man i hvert fall ikke tillate at det legges nye byrder på kjøperen som følge av ombyggingen. Dersom ekvivalensvilkårene da ikke er oppfylt, bør dette være selgers risiko.

4.3.4.3 Konklusjon

Etter de delene av vurderingstemaet fra ND 2974 s. 27 som jeg har gjennomgått ovenfor følger det at hvorvidt man bør tillate at selgeren får foreta substituttoppfyllelse der

²⁸⁵ Avvisning av substituttet medfører heving.

²⁸⁶ Kjernen er at ombyggingen skjer i selgers interesse og at det er ombyggingen som aktualiserer de aller fleste av de innvendinger kjøperen kan ha relatert til den kommersielle ekvivalensen.

²⁸⁷ Jfr. For så vidt punkt 1.1 og 1.2.2 om muligheten for at det oppstår tap på selgers hånd der kontrakten kanselleres.

substituttet ikke er kommersielt ekvivalent mot at han kompenserer kjøper for den manglende ekvivalensen, kan variere alt etter hvilken innsigelse det er snakk om.

For de innsigelser som enkelt og nøyaktig kan kompenseres før oppfyllelsen, taler reelle hensyn sterkt for en adgang til oppfyllelse mot kompensasjon. Kompensasjonen vil da avbøte de ulemper eller omkostninger for selgeren, som begrunner vilkårene om ekvivalens.

For andre innsigelser er det min oppfatning at man bør la selgeren bære risikoen for ekvivalensen, og nekte oppfyllelse mot kompensasjon.

Det rettslige grunnlaget for å tillate en slik oppfyllelse mot kompensasjon, kan finnes enten i det ulovfestede lojalitetsprinsippet - ved at man tillater en kompensasjon i de aktuelle tilfellene, vil det ikke finnes noen ulempe eller omkostning av betydning som gjør at kjøper har noen grunn til ikke å ta oppfyllelse med substituttet²⁸⁸, eller basert på en analogisk anvendelse av prinsippene bak Skip 2000 Artikkel VII nr. 4 bokstav (d). Det er her formålet om å unngå tap for kjøperen ved at kontrakten heves, der kjøperens innsigelser kan avhjelpes (kompenseres) av selgeren uten at dette påfører kjøperen nevneverdige ulemper, som blir det bærende hensynet bak analogien.

²⁸⁸ Jfr. formuleringen av lojalitetsplikten ovenfor i punkt 4.1 «partene skal ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser – i hvert fall når det kan gjøres uten omkostning eller ulempe», Selvig i Knophs oversikt, 10. utgave 1993 s. 329.

4.4 Rettsvirkninger av ombytting

4.4.1 Innledning

Jeg skal her foreta en kort vurdering av om substituttoppfyllelse reiser noen særlige problemstillinger i relasjon til de rettslige mekanismer som er gjennomgått i punkt 2. Jeg skal også kort gjøre rede for hvordan vurderingen av ekvivalensvilkårene kan slå ut

4.4.2 Utgangspunkt: Alminnelige oppfyllelsvirkninger

Utgangspunktet ved substituttoppfyllelse²⁸⁹ må være at den får de alminnelige oppfyllelsvirkninger, eller leveringsvirkninger. Det vil si at vederlagsopptjeningen vil skje i samsvar med reglene som er beskrevet i punkt 2.3.3, så lenge prosedyrene som er

²⁸⁹ Det vil si de tilfellene leveringshandlingen (se punkt 2.3.3.) skjer og kjøperen plikter å ta substituttet, noe han i hvert fall gjør dersom de materielle vilkårene for ombytting er tilfredsstilt, se punkt 3.4.

foreskrevet der følges. Dette forutsettes for så vidt også av voldgiftsretten i ND 2001 s. 526²⁹⁰.

Tilsvarende må gjelde for opptjeningen av betalingsterminene²⁹¹ etter kontrakten dersom ombyggingen finner sted på et tidlig tidspunkt.

Det kan imidlertid tenkes at en ombygging, eller konsekvensene av den kan ha uforutsette rettslige konsekvenser, eller gripe inn i avtalen på en måte man ikke forutså. I det følgende punktet skal jeg gjøre rede for to tilfeller hvor dette kan skje.

4.4.3 Unntak? Ombyggingen griper inn i kontraktens system for partenes rettigheter

Under prestasjonsanalysen som ble gjennomført i *Factorias v. Arrow III*²⁹², la voldgiftsretten vekt på at en ombygging kan tenkes å frata kjøperen enkelte av hans avtalefestede rettigheter. Det er her snakk om retten til å inspisere byggearbeidene etter Skip 2000 artikkel V voldgiftsretten viser til. Dersom selgeren erklærer ombygging på et sent tidspunkt i byggingen, vil majoriteten av arbeidene kunne ha vært gjort uten at kjøperen eller hans representant har deltatt på inspeksjoner. I dette punktet skal jeg gjøre rede for den faktiske sammenhengen mellom kontraktens bestemmelser om kjøpers inspeksjonsrett og ansvarsbegrensningen som inngår som del artikkel X²⁹³ om garantiarbeider etter levering.

Jeg skal nå gi en beskrivelse av deler av kontraktsregimet under Skip 2000 som kan utilsiktede konsekvenser i en ombyggingssituasjon: For det første er det, etter det som skal gjennomgås nedenfor, klart at kjøperen er stillet dårligere etter levering og aksept med hensyn både til rettslige krav og reelle pressmuligheter mot selgeren. Dette gjelder generelt for ethvert nybygg som leveres under Skip 2000 og de aktuelle

²⁹⁰ Side 16, avsnitt 7, se også side 17.

²⁹¹ Se punkt 2.3.2

²⁹² Side 24 avsnitt 4.

²⁹³ Se punkt 2.4.3

avtalebestemmelsene skal gjennomgås nedenfor. Men det er også noen særskilte omstendigheter ved ombygging som gjør at kjøperen kan ha fått dårligere mulighet til å oppdage mangler ved nybygget i en ombyggingssituasjon enn ellers. Muligheten for dette er knyttet til kjøperens mulighet til å utøve sine rettigheter til å inspisere skipet under byggingen²⁹⁴.

For å tydeliggjøre betydningen av de tilfellene der kjøper ikke får utøvet sin inspeksjonsrett, er det greit å ta utgangspunkt i følgende:

Ved levering og aksept av skipet, overtar kjøperen (som enhver kjøper av ting) enkelte risikoer knyttet til skipets tilstand. I den alminnelige kjøpsrett vil kjøperen, dersom han skulle oppdage en mangel, ha en rekke mangelsbeføyelser til rådighet²⁹⁵ og den absolutte reklamasjonsplikten for mangler ved skipet ville etter kjøpsloven § 32 være to år. I kontrakten Skip 2000 er det gjort vidtrekkende unntak fra bakgrunnsretten med hensyn til både reklamasjonsfristen og mangelsbeføyelsene, ved at det for mangler som oppdages etter levering og aksept av skipet er gitt en ansvarbegrensning i Artikkel X nr.1. Denne bestemmelsen lyder som følger:

Save as provided for below, and provided always that the deficiencies have been rectified within a reasonable time, the Builder shall have no responsibility for defects or the consequences thereof (including loss of profit and loss of time) discovered after the Delivery and Acceptance of the Vessel.

Ansvarsbegrensningen i Artikkel X blir etterfulgt av en garantiperiode på ett år i Artikkel X nr. 2 og en utbedringsplikt i nr. 3. Disse bestemmelsene har som konsekvens at selgerens ansvar for mangler som oppdages etter levering og aksept av skipet er begrenset i tid til ett år, og i omfang til det utbedringsansvaret som er angitt i Artikkel X

²⁹⁴ I *Factorias v. Arrow III*, ble den omstendighet at kjøperens inspeksjonsrett ikke kunne utøves i en ombyggingssituasjon, tillagt vekt mot en ombygingsrett.

²⁹⁵ I tillegg til retting, prisavslag og heving, vil kjøperen i den alminnelige kjøpsrett, iallfall i en viss utstrekning kunne kreve erstatning for følgetap.

nr. 3. Videre krav som følge av mangelen er som utgangspunkt avskåret, herunder krav på erstatning²⁹⁶.

Jeg skal i det følgende gi en oversikt over hvilke risikofaktorer dette kontraktsregimet kan medføre for kjøper og de reguleringer som er gitt i kontrakten for å forsøke å avhjelpe dette.

Under byggingen av skipet har kjøper rett til å ha en representant på verftet som til enhver tid kan inspisere fartøyet, dets maskiner og utstyr, samt motor og tilbehør. Representanten skal ha adgang til alle steder der arbeid blir gjort eller materialer blir oppbevart, inkludert områdene til underleverandører²⁹⁷. På denne måten kan representanten oppdage mangler ved byggingen, eller ellers avdekke forhold ved verftet som ikke er i henhold til kontrakten²⁹⁸ og som for eksempel kan føre til skjulte feil og mangler. Dersom slike forhold oppdages, skal representanten melde fra til verkstedet om dette²⁹⁹ slik at forholdet kan utbedres. Disse rettighetene vil i det minste bidra til at kjøper er oppmerksom på forhold ved skipet som kan utgjøre kontraktsbrudd og han kan påberope seg disse overfor selger.

Etter artikkel VII skal det avholdes en «sea trial» for å teste skipet. Det er klart at mange mangler og i hvert fall alvorlige mangler eller de som kan gi krav på prisavslag etter artikkel IV vil oppdages under «sea trial». Men muligheten for skjulte mangler vil alltid være til stede³⁰⁰.

Dersom mangelen blir oppdaget før eller under ”sea trial”, har kjøper som utgangspunkt avvisningsrett³⁰¹. Dersom kjøper utøver avvisningsrett vil han legge et press på kjøper

²⁹⁶ Se punkt 2.4.3 for bestemmelsene om utvidet garantitid og rettspraksis om ansvar for selger der han ikke makter å utbedre mangelen

²⁹⁷ Artikkel V nr. 3 annet ledd.

²⁹⁸ Se f.eks Artikkel II nr. 1 siste ledd som bestemmer at skipet skal designes og bygges i samsvar med ”First class shipbuilding practice in Western Europe for new vessels of similiar type and characteristics as the Vessel”

²⁹⁹ Artikkel V nr. 3 femte ledd.

³⁰⁰ Jfr. også forutsetningen i Artikkel X nr. 2

³⁰¹ Se punkt 2.2.3

til å utbedre mangelen³⁰². Hvis kjøperen oppdager mangler, kan han også under visse forutsetninger bli nødt til å ta levering³⁰³. Men denne plikten er da betinget av at manglene er av mindre betydning og at selgeren utbedrer mangelen så fort som mulig og holder kjøper skadesløs for ethvert tap som oppstår som følge av mangelen, inkludert tidstap³⁰⁴.

Dette regimet er et helt annet enn det som gjelder mangler som kjøperen har oppdaget etter levering, jfr. Artikkel X nr. 1, hvor kjøperen er henvist til kun å få mangelen rettet, og erstatning er utelukket.

Kjøperen er etter levering og aksept, i relasjon til å få utbedret mangler prisgitt selgers vilje og evne. Og dersom selger mangler enten vilje eller evne til å utbedre mangelen, eller det av andre grunner skulle oppstå hevingsrett eller annet ansvar³⁰⁵ for kjøper, vil han med tanke på sitt krav på tilbakebetaling av kjøpesummen være avhengig av at selgeren har soliditet til å dekke dette, idet tilbakebetalingsgarantiene som er stillet for kjøperens innbetalinger i tilfelle kansellering, normalt opphører ved leveringen³⁰⁶. Samlet sett er det dermed mye mer gunstig for kjøperen å oppdage mangelen før enn etter levering og aksept av skipet.

En ombytting av skipet kan være egnet til å eksponere kjøperen for disse risikoene i større grad enn ved en vanlig levering.

I de to sakene som er nevnt innledningsvis, var det snakk om en ombytting av søsterskip, og kjøperen var enten den samme, eller en person med nær tilknytning til kjøper (Den som opprinnelig skulle ha skipet som ble presentert etter ombyggingen, var i Arrow III kjøpers søsterselskap). Dersom kjøper er den samme for begge skip, slik som i Broström, vil kjøperen ha hatt den samme inspeksjonsretten under byggingen av det

³⁰² For eksempel ved faren for at det inntreffer forsinkelsermislighold med påfølgende dagbøter eller hevingsrett, jfr. Artikkel IV nr. 1

³⁰³ Se punkt 2.2.3 om kjøpers avvisningsrett

³⁰⁴ Artikkel VII nr. 4 bokstav (d) (ii)

³⁰⁵ Jfr. ND 1979 s. 231 Wingull

³⁰⁶ Meland, Skipsbygging 2006 side 131.

ombyttede skipet som det originale. Man skulle da, iallfall fra et formelt standpunkt, anta at de risikohensynene som er gjennomgått ovenfor ikke gjorde seg gjeldende:

Kjøper har hatt den samme mulighet til å avdekke mangler eller mindreverdigheter ved det ombyttede som det originale skip. En kan da si at kjøperen, dersom han tar det ombyttede skipet, ikke eksponerer seg for noen større risiko ved leveringen av dette, enn han ville gjort uten en ombytting – han var kjøper av dette skipet uansett, men under en annen kontrakt.

Dette behøver imidlertid ikke være tilfellet dersom substituttet er tilgjengelig fordi kjøperen kansellerte det på et tidligere tidspunkt, slik som i Broström: Hvor stor del av byggeprosessen til substituttet som er blitt overvåket av kjøperen, vil da kunne variere, alt etter som hvor tidlig skipet ble kansellert. Dersom skipet ble kansellert på et tidlig tidspunkt som følge antasipert mislighold³⁰⁷ og selgeren umiddelbart fortsatte konstruksjonen med sikte på salg til en annen kjøper, vil det kunne være store deler av byggeprosessen som har foregått uten noen andre inspektører enn de som måtte være aktuelle fra klaseselskap og myndigheter.

I *Factorias v. Arrow III* behandler voldgiftsretten ombyttingsrettens side mot kjøpers inspeksjonsrett etter artikkel V og finner at en ombytting i realiteten kan frata kjøperen denne. Dette hindrer imidlertid ikke at voldgiftsretten åpner for en ombyttingsrett³⁰⁸. Det må antas at voldgiftsretten også var bevisste på forskjellen på kjøperens situasjon der han oppdager mangelen før levering og aksept og der han først oppdager den etterpå, med hensyn til hvilke beføyelser som er tilgjengelige for ham dersom substituttet er beheftet med mangler³⁰⁹.

³⁰⁷ Skip 2000 Artikkel IV nr. 1 bokstav (d)

³⁰⁸ Se punkt 3.3.3.4 og 3.5.3.

³⁰⁹ Jfr. lengre opp i dette punkt, hvor jeg også nevner den kjedelige situasjon at selgeren ikke er i stand til å utbedre mangelen etter leveringen, men for eksempel er konkurs. Da vil både erstatning og heving være ineffektivt, sistnevnte beføyelse fordi tilbakebetalingsgarantiene som gis i tilfelle heving, normalt utløper ved levering og aksept, jfr. Meland, *Skipsbygging* 2006 side 131.

Men forholdet kan uansett være problematisk, og i de ytterliggående tilfeller, som der substituttet er tilgjengelig fordi kjøperen kansellerte det på et tidlig stadium og det så er blitt bygget ferdig uten noen annen inspeksjon enn den som måtte være aktuell fra klasse og myndigheter³¹⁰, kan man i hvert fall rettspolitisk spørre om det kunne være grunn til å lempe på vilkårene i Artikkel X, der dette substituttet blir gjenstand for oppfyllelse etter ombytting og det så oppdages skjulte mangler etter levering og aksept.

5 Avsluttende bemerkninger

Jeg skal gi noen avsluttende bemerkninger om det temaet som har vært behandlet i oppgaven. Temaet i dette punktet er om det i det hele tatt er heldig med en ombytingsrett. Ombytingsretten slik jeg har beskrevet den, er foranlediget av hensynet til selgeren under en skipsbyggingskontrakt. Det bærende synspunktet er at det vil være ille om selgeren skal få heve³¹¹, der han i realiteten kan få et skip som er helt likt det han bestilte. Ombytingsretten fremstår på den måten nærmest som en beskyttelse av den opprinnelige avtalen.

Men, og som er blitt gjort tydelig gjennom oppgavens del 3 og 4, vil det ofte kunne reises innvendinger mot ombytingen. Mest typisk er de såkalt «kommersielle» innvendingene, basert på omstendigheter man kanskje ikke tenkte på da man åpnet for ombytingsretten. For eksempel må usikkerheten rundt mulige spanske skattesubsidier eller bortfall av certepartier med tredjemenn antas å være utilsiktede virkninger av en ombyting.

De fleste av disse utilsiktede virkningene har direkte utspring i det faktum at man tillater ombyting av noe som tradisjonelt anses som en individuelt bestemt ytelse. Som igjen gjenspeiles i at både avtalepartene og tredjemenn innretter seg etter at

³¹⁰ Det er vel heller ikke sikkert at disse inspektørene vil være interesserte i de samme forhold som kjøperen.

³¹¹ Eventuelt markedsmotivert heving.

skipsbyggingskontrakten gjelder det individuelle skipet med det individuelle byggenummeret. Og hittil har man møtt innsigelsene med absolutte krav om ekvivalens – som vel sjeldent kan forventes å være oppfylt. Så lenge kjøper sørger for å ha et certeparti sluttet på det opprinnelige skipet, vil han slik vilkårene ser ut nå, aldri behøve å ta oppfyllelse med substitutt.

Samtidig, vil enhver relativisering av ekvivalenskravet da også bli vilkårlig. Som spørsmålet om ikke selgeren kan kompensere kjøperen for eventuelle ulemper: Skal et certeparti med en verdi på 400 tusen dollar få avskjære oppfyllelse (ved ombytting) av en skipsbyggingskontrakt på 400 millioner dollar?

Mest sannsynlig vil det være en tilnærmet ubegrenset mengde innsigelser som vil kunne fremmes under vilkåret om kommersiell ekvivalens. Men summene involvert i skipsbyggingskontrakter, er såpass høye at man må påregne at ombytting blir påberopt fra selgere i problemer uansett om sjansene for å vinne er små. (I *Factorias v. Arrow III*, fastholdt *Factorias* salget av substituttet overfor *Arrow II*³¹², samtidig som de under avtalen med *Arrow III*, insisterte på å få levere det samme skipet som substitutt).

Det er etter min oppfatning uheldig at voldgiftsretten ikke inntar det tradisjonelle standpunkt om at skipsbyggingskontrakten er en individuelt angitt ytelse, og så tar konsekvensen av dette ved å nekte ombytting. Ved å introdusere muligheten for ombytting, forringes forutberegneligheten i kontraktsforholdet. Den aktuelle bransjen er konjunkturutsatt, slik at muligheten for markedsmotiverte hevinger absolutt er til stede, og partene, som er profesjonelle vet vel gjennomgående dette. Den enkleste måten for selgeren å unngå heving på, er å unngå å bli så forsinket at kjøper får hevingsrett.

Et siste moment, som ikke er vurdert i oppgaven, er om ikke en ombyttingsrett også kunne medført en ombyttingsplikt. Dersom markedet for den aktuelle type skip har steget kraftig siden kontraktslutning og det opprinnelige skipet brenner, kunne kjøper da kanskje krevet oppfyllelse med søsterskipet, som selger hadde tenkt å bruke til egen befraktning?

³¹² *Arrow III* sitt søsterselskap

Kildeliste:

Lover

1969 Lov om skadeserstatning (skadeerstatningsloven) av 13.juni 1969 nr. 26.

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13.mai 1988 nr. 27.

1994 Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24.juni 1994 nr. 39.

Forarbeider

Ot. prp. nr. 80 (1986-87). Lov om kjøp.

Standardkontrakter

Norsk standard skipsbyggingskontrakt/ Standard form Shipbuilding Contract 2000 (Skip 2000).

Rettspraksis

Rt. 1983 s. 205.

Rt. 1999 s. 408.

ND 1974 s.27 Fernbay.

ND 1979 s. 231 Wingull.

ND 2001 s. 526 Broström v. Factorias.

Upublisert voldgift

Oslo 29. juli 2010 Factorias v. Arrow III.

Litteratur

Falkanger, Thor og Bull, Hans Jacob. *Sjørett*. 7. utg. Oslo, 2010.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 1.utg. Oslo, 2003.

Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. 1.utg. Oslo, 2002.

Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. 1.utg. Bergen, 1989.

Meland, Øystein. *Skipsbygging. Kommentarer til Norsk standard skipsbyggingskontrakt*. 1.utg. Bergen, 2006.

Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. 1.utg. Oslo, 2007.

Selvig, Erling. *Kontraktsretten*. 1: Knophs oversikt over Norges rett. 10. utg. Oslo, 1993, s. 329.

(Q) Substitusjon av skrog/byggenummer. Forsinkelse. Antespert mislighold. Heving

Saken gjelder spørsmål om et skipsverfts rett til å substituere et skrog/byggenummer med et annet for å unngå kansellering av byggekontrakten som følge av forsinkelse. Voldgiftsretten kom til at det ikke forelå noen slik substitusjonsrett for verftet, og la bl.a. vekt på at verftets forpliktelser under byggekontrakten ikke bare knyttet seg til selve leveringen av skipet, men også besto i å gi bestilleren adgang til skipet i byggeperioden og å legge til rette for byggetilsyn og oppfølging under byggeprosessen, samt rettigheter for bestilleren til å foreta endringer i spesifikasjonen. Bestilleren ville de facto være forhindret fra å utøve disse rettighetene dersom verftet skulle ha rett til å substituere. Voldgiftsretten pekte også på at forsikring, finansiering og beskjeftigelse av skipet gjerne var nært knyttet til det enkelte byggenummer. Bestillerens avvisning av det nye byggenummeret og senere kansellering av byggekontrakten innebar ikke brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold eller den generelle erstatningsrettslige tapsbegrensningsplikten.

Norsk voldgift 29. juli 2010. Factorias Vulcano S.A. (advokat Anders Pind) mot Arrow Seismic Invest II Ltd. (advokat Stig Gunleiksrud)

Rettsens medlemmer: Jan-Fredrik Wilhelmsen, Geir Woxholth og Stephan L. Jervell

Plassering: 1.2 (Bygging og reparasjon)

Stikkord: Substitusjon av skrog

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large capital 'A' followed by a capital 'I'. The 'A' is formed with a single continuous stroke, and the 'I' is formed with two vertical strokes and a horizontal crossbar.

ok for M-A

Arbitration award

On 29 July 2010 in Oslo, the following arbitration award was made in a dispute between

Claimant: Factorias Vulcano S.A.
Counsel: Mr. Anders Pind
Advokatfirmaet Thommessen

and

Defendant: Arrow Seismic Invest III Ltd
Counsel: Mr. Stig Gunleiksrud
Arntzen de Besche Advokatfirma AS

By the appointed Arbitration Tribunal consisting of

Appeal Court Judge Jan-Fredrik Wilhelmsen,
Professor Geir Woxholth and
Stephan L. Jervell, Attorney-at-law

1. Introduction

On 16 February 2006, Arrow Seismic Invest III Ltd (hereinafter "Arrow") and Factorias Vulcanos S.A. (hereinafter "Vulcano") entered into a contractual relationship regarding the building of a vessel designed for seismic purposes. Arrow terminated the shipbuilding contract with Vulcano on 25 August 2009. This arbitration concerns the question whether the termination was lawful or unlawful and in consequence, the financial settlement between the parties. Vulcano's position is that the termination was unlawful and that Vulcano is entitled to retain the prepaid part of the purchase price until Vulcano has completed the sale of the vessel to obtain coverage. Arrow's position is that the termination was lawful and that Arrow is entitled to reimbursement of the prepaid part of the purchase price plus accrued interest.

The question of the lawfulness of the termination basically depends on two separate legal issues. Firstly, whether Vulcano pursuant to the shipbuilding contract had the right to substitute the hull meant for Arrow with another hull. Secondly, whether there was a delay in the delivery of the substitute hull which under any circumstances would give Arrow the right to terminate the contract.

The description of the merits of the case included in point 2 below will concentrate on the illumination of the facts related to these two legal issues. Point 3 contains a summary of the arguments submitted by the parties in the arbitration and a full representation of the claims

1
4

they have submitted. Point 4 gives an account of some questions related to the arbitration between the parties. In points 5 and 6 the arbitration tribunal will state its premises and conclusions.

2. The merits of the case

2.1 The parties

Vulcano is the owner of a shipyard in Vigo, Spain. The yard specializes in the building of chemical and oil tankers, offshore construction vessels and seismic exploration vessels. Since 2006, Vulcano has also been the owner of Factorias Juliana S.A.U., which owns a shipyard in Gijon, Spain.

Arrow is a single-purpose company, incorporated in England in 2006 by Arrow Seismic ASA, which at that time was owned by G.C. Rieber Shipping ASA. Arrow is one of four similar subsidiaries of Arrow Seismic ASA. These four companies were incorporated with the object of building and acquiring one each of four practically identical seismic vessels. The names of the other companies are Arrow II Seismic Invest Ltd., Arrow IV Seismic Invest Ltd. and Arrow VI Seismic Invest Ltd.

In November 2007, Arrow Seismic ASA was sold by G.C. Rieber Shipping ASA to Petroleum Geo-Services ASA (hereinafter "PGS"). The administration of the Arrow companies was from the acquisition by PGS handled by their English branch, assisted by the main office in Norway.

2.2 The contract structure

The contractual relationship between Vulcano and Arrow could be described as rather complex. There are several reasons for the complexity. In the first place, the vessel that Arrow ordered from Vulcano (hull no. 533) was part of a large newbuilding programme, including a total of four almost identical vessels. The other three vessels in the series were to be delivered to Arrow's sister companies, Arrow Seismic Invest II Ltd (hull no. 532), Arrow Seismic Invest V Ltd (hull no. 534) and Arrow Seismic Invest V Ltd. (hull no. 535). Each of the deliveries is covered by separate shipbuilding contracts based on the Norwegian "Standard Form Shipbuilding Contract 2000" and governed by Norwegian law. Secondly, the contract structure was framed in order for the parties to benefit from a favourable Spanish tax lease scheme. In consequence, several contracts with Spanish investment companies and finance companies were entered into in connection with the shipbuilding contracts. Thirdly, Arrow in June 2006 agreed with WesternGeco (Singapore) Pte. Ltd. (hereinafter "WG") and WG's subsidiary, Seismic Shipping Inc. (hereinafter "SSI"), to charter out the vessel for a period of two years and then sell the vessel to SSI. In consequence, Vulcano was made a party to the

sale and purchase of seismic equipment designated by WG and SSI in the contract with Arrow, and provided for in the shipbuilding contract as an adjustable part of the purchase price.

Against this background the shipbuilding contract for hull no. 533 was entered into between Vulcano as builder and Bansalease S.A. Establecimiento Financiero de Credito (hereinafter "Bansalease") as buyer on 16 February 2006. On the same day Vulcano, Arrow, Bansalease, Naviera Nebulosa de Omega A.I.E. (an investment company) and Naviera Mirambel S.L. (a finance company) signed a "Master Agreement" with related "Principal Agreements" consisting of a "Leasing Agreement", a "Bareboat Charter Agreement", an agreement entitled "the Letter", a "Transfer Agreement", a "Debt Assumption Agreement", a "Put Option Agreement" and a "Put and Call Option and Undertaking Agreement". The legal and commercial effect of these contracts can – somewhat simplified – be explained to mean that all rights and obligation under the shipbuilding contract were taken over by Arrow, and that Naviera Nebulosa de Omega A.I.E. through its ownership and chartering out of the vessel for a period of two years secured the applicability of the favourable Spanish tax lease scheme for the benefit of all parties involved.

The time charter and the subsequent sale of hull no. 533 to WG as the genuine operator of the vessel in the market place was covered by a "Uniform time charter party" and a "Memorandum of Agreement" respectively, both signed on 25 May 2006 by Arrow and SSI and governed by English law. The contractual relationship between WG, SSI, Arrow and Vulcano in respect of the seismic equipment was concluded on 7 July 2006 according to a "Deed of Novation Relating to Seismic Sale and Purchase Agreement". By virtue of that agreement Vulcano replaced Arrow as the buyer of the seismic equipment, and assumed all rights and obligations under the original sale and purchase agreement made between Arrow and WG.

2.3 Further particulars of the shipbuilding contract

According to Article III of the shipbuilding contract, the original purchase price was 75 million Euros, including a provisional sum of 46 290 000 Euros for the equipment to be bought and paid for by the yard, but defined by Arrow, called PC items. The bulk of this was seismic equipment. The original price of the vessel minus PC items was accordingly 28 710 000 Euros. The purchase price was payable in several instalments defined by certain fixed dates in combination with a last instalment to be paid on the actual date of delivery. Arrow has paid all instalments apart from the one connected with the actual date of delivery in the aggregate amount of 39 563 000 Euros.

In Addendum no. 4 to the shipbuilding contract the date of delivery was defined as 14 November 2008.

In Article IV on "Adjustment of Contract prices – Cancellation by the buyer" the shipbuilding contract contained i.a. the following provisions:

Kontakten

- (b) If the delay in delivery of the Vessel shall continue for a period in excess of 200 days after Delivery Date, the Buyer may at its option cancel the Contract.

Provided the Buyer has not sent notice of cancellation as provided for in Article XII hereof within 205 days of delay having elapsed after the Delivery Date, the Builder may demand in writing that the Buyer shall make an election either to cancel the Contract, or to consent to the acceptance of the delivery at a specific future date reasonably estimated by the Builder to be the date when the Vessel will be ready for delivery; in which case the Buyer shall, within 15 days after such demand is received by Buyer, notify the Builder of its choice it being understood that, if the Buyer elects not to cancel and the Vessel is not delivered by such future date, the Buyer shall have the right to cancel the Contract.

- (c) If the total accumulated delay of non Permissible Delay and of Force Majeure Delay, but excluding other Permissible Delay, amounts to 270 days or more, then in such event the Buyer may cancel the Contract. The Builder may, at any time thereafter, demand in writing that the Buyer shall make an election either to cancel the Contract or to consent to the acceptance of the delivery at a specific future date reasonably estimated by the Builder to be the date when the Vessel will be ready for delivery, in which case the Buyer shall, within 15 days after such demand is received by Buyer, notify the Builder of its choice; it being understood that, if the Buyer elects not to cancel and the Vessel is not delivered by such future date, the Buyer shall have the right to cancel the Contract.
- (d) If it can be established beyond any reasonable doubt that the Vessel will be delayed for more than 200 days as per paragraph (b) above, or be delayed for more than 270 days as per paragraph (c) above, the Buyer shall have a right forthwith to cancel the Contract.

Article IX contained the following provisions on "Delays and Extension of Time for Delivery (Force majeure) :

1. Cause of Delay

- (a) In case of Force Majeure Delay, the Delivery Date shall be postponed by the number of days corresponding to the net delay in delivery as set out below. It shall be considered a Force Majeure Delay if the Delivery and Acceptance of the Vessel is prevented or delayed as a consequence of extraordinary circumstances or events beyond the Builder's control, such as: Acts of God; acts of princes and rulers; requirements of government authorities; war or warlike condition, civil commotion or riots; mobilisation; sabotage; strike or lockout (except local disturbances at the Builder's yard) quarantines; flood, typhoons, hurricanes, storms or other extraordinary weather conditions not included in normal planning, earthquakes, tidal waves,

landslide; fires, explosions, collisions or stranding; import or export bans or restrictions; prolonged failure, shortage or restriction of electrical current, oil or gas; delayed delivery of the technical information needed for the construction of the Vessel relating to the seismic equipment mentioned in Article III, 1, as PC items and/or delayed delivery of the seismic equipment mentioned in Article III, 1, as PC items, beyond the control of the Builder;...

3. Permissible delay

Delays on account of such causes as specified in this Article IX, Clause I and in Article VI hereof and any other delays caused by non fulfilment by the Buyer of the Buyer's obligation hereunder or any other delays of a nature which under the terms of this Contract permit postponement or extension of the Delivery Date shall constitute Permissible Delay and shall extend the Delivery Date for any net delay caused thereby.

Finally, Article XII contained the following provisions on "Builder's Default -- Cancellation by Buyer":

The payment of any sums under this Contract by the Buyer prior to delivery of the Vessel shall be by way of advances to the Builder. In the event that the Buyer shall exercise its right of cancelling the Contract under and pursuant to any of the provisions of the Contract specifically permitting the Buyer to do so, then the Buyer shall notify the Builder in writing or by telefax confirmed by registered mail, and such cancellation shall be effective as of the date notice thereof is received by the builder.

Upon such cancellation the Builder shall promptly either accept the notice of cancellation, or declare its intention to dispute the same under the provisions of Article XIX hereof.

Upon cancellation the Builder shall refund all sums paid by the Buyer to the Builder under Article III hereof, including interest thereon at the rate of Euribor 1 year + 1,5% (per cent) per annum from the date of the payment to the date of the refund. ...

The main content of these provisions was that Arrow was left with a right to terminate the shipbuilding contract in case of late delivery of the vessel, provided that the delay in question would exceed the agreed "grace periods" of 200 days (non-permissible delay) or 270 days (non-permissible delay in addition to force majeure events, including strike). Upon termination, Arrow had the right to demand that Vulcano refund the advance payment.

2.4 Further particulars of the contracts with WG

WG SSI charter
On 28 July 2006, Arrow, WG and SSI entered into an agreement named the "Framework Agreement". Under this agreement SSI was to enter into a time charter with Arrow and buy the vessel upon redelivery when the time charter expired. The agreement contained the following clause on "Delivery of the Vessel under the Charter":

1P
weller
(first)

- 5.3 If, for any reason which is outside the control of the Representing Parties, Arrow cannot deliver the Vessel to SSI in accordance with the terms of Time Charterparty II, (and, in any event, within 3 (three) calendar days following delivery of the Vessel to ASIII under the Shipbuilding Contract, the Time Charterparty II and the MOA shall be cancelled with immediate effect and no Party shall bear any liability to any other Party.

On the same day, the same parties and Vulcano entered into the already mentioned novation agreement, called "Deed of Novation relating to Seismic Equipment Sale and Purchase Agreement", to the effect that Vulcano replaced Arrow as buyer and assumed all rights and obligations under the Seismic Equipment Sale and Purchase Agreement.

2.5 Delays and cost overruns at the yard

The works on hull nos. 532 and 533 started out at the Juliana yard in Gijon. It soon became evident that Vulcano's performance of the shipbuilding contracts would suffer from cost overruns and delays to an extent that threatened the liquidity of the yard.

In an internal PGS e-mail dated 25 January 2008 prepared after a meeting with Vulcano at the yard it was reported:

The yard has, or will very soon face, liquidity problems.

They claim (and we believe them) they are loosing 13-14M EUR for the first vessel and most likely the same for the remaining.

They ask us for

- To guarantee up to 28M to solve their immediate liquidity problems (against the tax lease documents).
- Additional payment of EUR 8M per vessel.

In an e-mail dated 30 January 2008 the yard informed Arrow that they will sustain aggregate losses of 29 million EUR on the four vessels. They asked for an increased payment of 8 million EUR for the first vessel and of 6 million EUR for the second.

On 16 April 2008, Vulcano proposed an additional payment of 6 million Euros and the delivery date of hull no. 532 postponed until 30 November 2008. Arrow met this proposal with the following offer:

Our financial proposal is as follows:

4 million euro (in total for all 4 vessels) delivery bonus – against the delivery dates we had before our last meeting – as listed below.

532 delivered in September 08

533 delivered in February 09
534 delivered in March 09
535 delivered in November 09

not stated?

2.6 The Memorandum of Understanding of 17 June 2008

The unfortunate situation described above led all parties concerned – including the involved Spanish financial institutions and guarantors – to negotiations. These negotiations resulted in a Memorandum of Understanding dated 17 June 2008 (hereinafter the "MoU"). In the recitals of the MoU the situation is explained as follows:

The Builders have informed the Arrow Group about their financial and technical difficulties making, in their opinion, the completion of the vessels (and the project in general) extremely difficult, without the supplementary financial assistance of the Arrow Group.

In the MoU the Arrow companies agreed to pay a total contribution in the amount of 4 million Euro per vessel, in total 16 million Euro.

New delivery dates were agreed on, i.e. 30 november 2008 for hull no. 532 and 31 March 2008 for hull no. 533. The new delivery dates were subject to a somewhat stricter regime of penalties in case of delay compared to the regime in the original shipbuilding contracts.

The MoU further contained the following provisions on cancellation by the buyer in case of late delivery:

2.5 Right to rescind for excessive delay in relation to 532, 533 and 534

With express modification on this subject, and exclusively to that extent, of Article IV.1 of the 532 SBC, 533 SBC and 534 SBC, AS II, AS III and AS V will be entitled to terminate the 532 SBC, 533 SBC and 534 SBC, respectively, one hundred and twenty (120) days after the New Delivery Dates, as applicable to each Vessel, without 532, 533 and 534 having been actually delivered in accordance in all respects with the 532 SBC, 533 SBC and 534 SBC. This option to cancel shall be exercised by AS II, AS III and AS V within the 30 days following the mentioned 120 days after the New Delivery Dates.

For the avoidance of doubt, the definition of Permissible Delays and its regime as per the provisions of the 532 SBC, 533 SBC and 534 SBC shall remain unaltered.

The MoU also contained the following relevant provisions:

10.5 Conditions last and final

The Builders and Vulcano hereby confirm that the terms and conditions set forth in this Agreement are last and final and no other contribution of any type (whether it be financial or of any other sort whatsoever) will be requested in respect of the Vessels by the Builders, Pymar or any other party whatsoever from the ArrowGroup.

13. Amendment to the Shipbuilding Contracts

Except as expressly modified by the terms of this Agreement, and then only to the extent of such modification, all the terms of the Shipbuilding Contracts will remain unaltered and in full force.

The parties are in agreement that by the MoU, the new and reduced time limit of 120 days was meant to take effect in connection with cancellation based on anticipatory delay (Article IV section 1 litra d) as well as established delay (Article IV section 1 litra b and c).

2.7 Progress of the building of hulls 532 and 533 up to 6 March 2009

The problems with delays and cost overruns proved to continue. In an e-mail dated 23 October 2008 Vulcano put forward the following proposal:

of
Vulcano

It is also very important to reach a new agreement. We do not want to make profit for it, just to deliver your vessels and survive.

Please for the new and very final agreement let us consider the follow:

- The vessel 532 will be delivered on the 28th February 2009.
- The vessel 533 will be delivered on the 30th June 2009.

Due to cash claims of subsuppliers like pipe builders and electricity installers, which increase our losses, we would like to increase your participation per vessel in 2 M EUR, which will be paid with the additional 4 M EUR only after delivery.

The proposal was rejected by Arrow on 24 October 2008.

On 13 December 2008, hulls nos. 532 and 533 were, without the consent of Arrow, towed from the Juliana yard via Gijon harbour to Vulcano's yard in Vigo. In a preceding e-mail of 10 December 2009 Vulcano had expressed that "this movement will be to accomplish the delivery dates, due to the increase of the resources in Vigo". Arrow objected to the decision to move hull no. 533 from Gijon to Vigo in a letter dated 19 December 2008.

Arrow's status report of 16 January 2009 contained the following observation of a seawater leakage during the towing of hull 532:

According information from the Yard a overboard valve had been opened during towing of the vessel from Gijon to Vigo causing seawater to flood into Ship's

Laundry, Linen store, Gymnasium, Toilet, Store and Sauna on B-Deck and down in to Chilled water room below B-deck.
The yard have been pumping out sea water from the areas and from fuel tanks and ballast tanks this week. All floating flooring, decorative lining and insulation have to be renewed in this areas.

A preliminary "tests and delivery schedule" from Vulcano, dated 23 January 2009, indicated week 23 2009 as delivery date for hull 532 and week 44 2009 for hull 533.

ur On 17 February 2009, the owners' on-site representatives sent Vulcano an extensive "Non Conformance Report" relating to hull no. 532. The report informed the yard that the owner would not accept delivery of the vessel if not all points were rectified to owner's satisfaction. It described extensive electrical equipment damage due to lack of proper protection at the Juliana yard, problems with electrical cabling and damage due to sabotage and to seawater leakage during the transfer of hull no. 532 from Gijon to Vigo.

32
ur In addition to the problems of coping with the agreed progress of hull no. 532, Vulcano during this period also suffered from lack of progress in respect of hull no. 533. Arrow's weekly reports from 6 January to 13 March, 2009 describe poor or no progress. The 16 January 2009 report contained the following information concerning delivery:

Status for week 03 is that there has been no progress this week, only activity has been some work with mounting of cable trays in the accommodation.
Due to the fact that the vessel now is shifted to Vigo for completion, there will be some changes to the actual progress-plan and delivery date. A new progress plan from Vulcano is needed, but we have not received any updated plan as per today. Latest info from Carmilo (Vulcano) is estimate delivery will be late in November 2009.

The same overall situation for hull no. 533 with poor progress is also reflected in the status report dated 6 February 2009

2.8 Notice of substitution 6 March 2009 and termination of the shipbuilding contract for hull no. 532 on 20 March 2009

In March 2009, Vulcano had to realize that it – in addition to being late as regards the delivery of hull no. 532 to Arrow II by several months and thus exposed to termination of the Arrow II shipbuilding contract – also faced the problem of delivering hull no. 533 to Arrow within the time set for a possible termination of the Arrow shipbuilding contract in the MoU. However, Vulcano assumed that there was a possibility that it would manage to deliver hull no. 532 before 29 July 2009, i.e. the date that corresponded to the delivery time they had agreed with Arrow according to the MoU with the addition of the grace period of 120 days set for a possible termination. This situation led Vulcano to a substitution of the two hulls, notice of which was given in a letter to Arrow, Arrow II and Bansalease dated 6 March 2009;

Ryellaf.

We hereby notify you that we swap Hull number 533 and Hull number 532. Hull number 533 is thus substituted with Hull number 532 which is currently under construction in accordance with the shipbuilding contract of 16th February 2006 (with Addenda, including the MoU of 17th June 2008) and shall be delivered to you as Hull number 533 prior to 28th July 2009 at our yard in Vigo, Spain.

Our decision to substitute Hull number 533 with Hull number 532 is mainly due to the unfortunate delay in the delivery date for Hull number 532 which pursuant to the Shipbuilding Contract (with Addenda, including the MoU of 17th June 2008) should have been delivered on the 30 of November 2008. By delivering Hull number 532 as Hull number 533 prior to 28th July 2009 we are able to fulfill our contractual obligations under the shipbuilding contract for the construction of Hull number 533 and thus minimizing both parties' losses.

We would like to emphasize that the Hulls, including the respective shipbuilding contracts, are technically and commercially identical. All of the Technical Specifications, the construction year, the Tax-Lease Arranger and the Tax-Lease contractual documents are identical. There are only three minor differences, inter alia evident from Variation Orders number 40, 55 and 73, which are few and immaterial (i.e. size of the beds). For these minor differences we offer to either compensate PGS by way of an adjustment in the Contract Price or alternatively by carrying out the necessary changes in the construction of Hull number 532 now renamed Hull number 533. Please advise on your desired method for compensation.

In a reply letter dated 13 March 2009 Arrow pointed out several technical and commercial problems involved in such a substitution:

These are factual issues which may be affected by the given notice of substitution, namely (without limitation):

- * **Insurances;** Arrow is the contractual counterparty of the shipbuilding contract for 533. As such Arrow is the beneficiaries under the insurance for hull 533 pursuant to Article XI 2, of the shipbuilding contract. Arrow is not the beneficiary under the insurance in place for hull 532. We need you to specify in detail how this issue will be solved towards the insurers in the case of substitution of hull number 533 with hull number 532.
- * **Quality requirements;** you are aware of the damages and poor quality to hull number 532 following work at the Juliana yard and the leakage during the towing from Gijon to Vigo which you initiated against the specific instructions of Arrow Seismic Invest II Limited and Arrow. Several of the issues are addressed in the attached two reports which the yard has already received. We question whether it is possible to repair hull 532 and thereby bringing it up to the same level of quality as our hull number 533. We request that you consider this matter carefully and set out in detail how you will address this issue and also ensure that hull number 532 meets the contractual requirements under the 533 shipbuilding contract.

- * **Tax lease structure;** please specify how a possible substitution may impact the tax lease structure?
- * **Refund Guarantees;** please specify what steps are being taken with the refund guarantor Banco Popular, S.A. in respect of the suggested swap of hulls so that these are not altered, prejudiced or in any manner affected.

ent In a letter dated 20 March 2009 Arrow II terminated the contract for hull no. 532. The letter included a claim for the repayment of all amounts paid by Arrow to Vulcano, including interest according to Article XII section 3 of the shipbuilding contract. Vulcano commenced arbitration proceedings against Arrow II on 30 March 2009 pursuant to Article XII section 1 of the shipbuilding contract where it is laid down that upon termination the builder shall promptly either accept the notice of cancellation, or declare its intention to dispute the same under the arbitration clause contained in Article XIX. Vulcano later, on 13 August 2009, submitted its' statement of claim, including a claim that the termination of the Arrow II shipbuilding contract was unlawful.

2.9 The events and communication between the parties leading to termination of the shipbuilding contract for hull no. 533 on 25 August 2009

ter) In an e-mail dated 18 March 2009 from WG to Arrow WG made it clear that WG – supported by advice from an English legal counsel – did not consider themselves bound by, nor did they accept, the swap of the vessels made by Vulcano in their letter dated 6 March 2009. Later on, this position was confirmed in a legal opinion from the law firm, Watson, Farley & Williams, dated 8 April 2009, which Arrow obtained on their own initiative for internal consideration of the situation caused by the substitution declared by Vulcano.

de
jon The letter from Arrow dated 13 March 2009 in which they had raised several factual issues related to the substitution, and the letter of termination from Arrow II dated 20 March 2009, were answered by Vulcano on 26 March 2009. In their reply to Arrow II Vulcano challenged the termination on the basis that Arrow II had failed to establish beyond reasonable doubt that hull no. 532 would be delayed by more than 200 days or, alternatively, 172 days. In their reply to Arrow, Vulcano made it clear that the notice of substitution should not be regarded as a request or an option, but an unreserved declaration based on the principles of the right to deliver substitute goods under Norwegian law. As regards the factual issues raised by Arrow, Vulcano stated the following in their letter:

Insurances

The insurance policies which are in place for the two hulls will remain as before; issued on behalf of the Buyer of hull number 532 and 533 and unaffected by the above mentioned swap of hulls. Thus the substitution should not require that any assignments, notifications or other specific actions are carried out. We can assure you that the insurance coverage for both hulls are adequate and in compliance with both shipbuilding contracts clause XI (2).

Quality requirements

We must correct your highly exaggerated statements concerning the quality of hull number 532. There have been some minor leakage during the towing from Gijón to Vigo however these damages has been rectified and we can assure you that at the time of delivery the new hull 533 shall in all aspects equal the quality of the old hull 533. As you are already aware of the old hull number 533 was also built at Juliana in Gijón and thereafter towed to Vigo.

Tax lease structure

Banco Santander is currently working on the most convenient procedure with regard to the structure. What we can assure you is that no new burden or obligation will be required to Arrow Seismic Invest II Limited and/or Arrow III, so their contractual status in both schemes will not be amended.

Refund Guarantees

Banco Popular S.A. is currently working on the most convenient procedure with regard to the Refund Guarantees.

Arrow was not reassured by this answer and expressed their continued concern in a letter dated 7 April 2009:

Further, Arrow takes note of Builder's comments to the matters raised in Arrow's letter of 13 March 2009. Unfortunately, these comments do not give Arrow a clear picture of all consequences related to a substitution of hulls:

Insurances

Builder needs to substantiate its statement that the insurance policies are "unaffected" by the "swap of hulls". As stated in our last letter Arrow is the contractual counterparty of the shipbuilding contract for hull number 533, thus Arrow is the beneficiary under the insurance for hull number 533, ref Article XI, Clause 2. However, Arrow is not the beneficiary under the insurance policy by which hull number 532 is covered.

Further, it is the specific identifiable Vessel, i.e. hull number 533, which is the object covered by the insurance policy, ref. Article XI, Clause 1 under the shipbuilding contract for hull number 533. Moreover, the quality and the status of hull 533 is not the same as for hull 532.

The Builder is requested to specify in detail how these issues will be solved towards the insurers. We further hereby request a copy of all insurance documentation related to the two hulls pursuant to Article XI 2. litra b) i.f. of the 533 shipbuilding contract in order for us to assess the situation with respect to insurance.

The request for a copy of the insurance documents is relevant whether Arrow decides to accept your proposed substitution or not as your reply to our question indicates that this serious issue has not been sufficiently addressed by the Builder.

It is noted that the unwarranted statement of vessels substitution from the Builder creates uncertainty concerning the current status of the insurance coverage. Should an

incident occur and then insurance coverage be negatively affected due to the attempt of substitution by the Builder, Arrow will claim full indemnification from the Builder and the individuals acting on its behalf.

Quality requirements

Arrow does not agree with the Builder in respect of Builder's attempt to trivialize the damages and the quality of hull 532. We still question whether it is possible to repair hull number 532 and thereby bringing it up to the same level of quality as our hull number 533. Further, we reiterate our request that you consider this matter carefully and present in detail how you will address this issue and also that you demonstrate how hull number 532 will meet the contractual requirements as set out in the shipbuilding contract of hull number 533 as amended from time to time.

Tax lease structure

The preliminary answer to our questions is not adequate to make us comfortable in respect of the tax lease structure being impacted in any way in case Arrow will accept the requested substitution of hull number 533. We await further information as regards what is considered "*the most convenient procedure*" and the effects thereof regarding the tax lease structure.

Refund guarantees

We await the details in respect of what is considered "*the most convenient procedure*" and the effects thereof in case Arrow will accept the substitution of hull number 533.

Vulcano did not respond to this letter. Instead, on 8 April 2009 Vulcano received a legal opinion from the law firm, Watson, Farley and Williams, confirming the position previously taken by WG, that under English law, which governed both the "Framework Agreement" and the "Time Charter" between Arrow and SSI, SSI could not be forced to accept hull no. 532 as a substitute for hull no. 533.

Due to the constant delays in the building of hull no. 532, PGS prepared an internal memo dated 29 April 2009. In this memo the realistic date of delivery of hull no. 532 was estimated to be around 25 August 2009, at best. The estimate was based on the assumption that 120 000 man hours were still outstanding at the Vigo yard before completion of the vessel.

Vulcano was informed in a letter from PGS on 30 April 2009 that Arrow would not accept the delivery of hull no. 532 under the shipbuilding contract for hull no. 533. On 4 May 2009, Arrow's site team was instructed by PGS to stop attending inspections, meetings and following up in general of the works still ongoing on hull 532.

At the beginning of May the yard in Vigo was exposed to a strike which affected all companies that were a party to the Metal Union Trade Agreement. The strike, which according to the notification had started on 6 May 2009, was cited by Vulcano as grounds for a permissible delay on 12 May 2009. In their subsequent letter dated 24 July 2009, Vulcano gave notice that the strike had ended on 15 July 2009, and that the time of delivery of the vessel (hull no. 532) would in consequence be extended by 50 working days. The request for

extension was denied by PGS in a letter of 29 July 2009. In their reply PGS pointed out that the workers had returned to work as normal on 7 May 2009 and that Vulcano had failed to give notice of the end of the grounds for the permissible delay within the 10-day period prescribed in the shipbuilding contract, Article IX section 2. Further, PGS challenged the allegation that the impact of the strike was a delay of the works constituting 50 working days. According to an internal memo prepared by PGS the impact could only be 28 working days.

PGS also issued another letter to Vulcano on 29 July 2009 stating that as of that day, PGS was entitled to terminate the shipbuilding contract and that PGS reserved any and all rights to cancel the vessel at any time during a period of 30 days starting 29 July 2009. This was followed up by PGS in a letter dated 25 August 2009 which *de facto* gave notice of the termination of the shipbuilding contract:

We make reference to our letter of 29 July 2009 whereby we informed you that we as of 29 July 2009 have a the right to cancel the Shipbuilding Contract (including all associated variation orders) on the following grounds:

- Deny
- under the Shipbuilding Contract as amended by the MoU the Vessel should have been delivered by the 31st of March 2009;
 - under Article IV. 1 (b) of the Shipbuilding Contract as amended by the MoU, as transferred by the TOR, AS III is entitled to exercise its right of termination of the Vessel 120 days after the delivery date of 31 March 2009 which is 29 July 2009;
 - under Article IV. 1 (b) of the Shipbuilding Contract as amended by the MoU, as transferred by TOR, AS III has the option to cancel the Shipbuilding Contract within 30 days of said 120 days.

We note that the Builder in its letter of 4 August 2009 repeats earlier claims for permissible delays based on (i) a notice dated 18 March 2009 regarding delivery of seismic equipment, and (ii) notices of 12 May 2009 and 24 July 2009 with respect to the Metal Union Strike. We will briefly comment that (i) AS III has never received any notice dated 18 March 2009 regarding seismic equipment or any other matter, and (ii) that AS III has rejected the claim for permissible delays following the Metal Union Strike in its letter of 29 July 2009 addressing this issue. As such the contractual Delivery Date for the 533 remains 31 March 2009.

Due by then Although it is not necessary, we reiterate that AS III does not accept the Builder's claim for swap of hull 533 for hull 532 and thereby to deliver hull 532 (now wrongfully renamed hull 533 by the Builder) to AS III under the Shipbuilding Contract for hull 533. It is beyond any reasonable doubt that hull 533 will not in any case be ready within the maximum number of Permissible Delay (70 days) set out in the Shipbuilding contract.

11
12

14
Side 30

1027
st

Further, according to our latest estimates after the recent sea trial for hull 532 (now wrongfully named hull 533 by the Builder) the most optimistic delivery date is more than 50 days after the cancellation date, 29 July 2009.

Based on the above AS III hereby exercises the right to cancel the Shipbuilding Contract (including all variation orders associated with this).

We hereby request the Builder for the payment of pay any and all amounts paid by AS III in relation to the construction of the Vessel, namely those payments made in relation to (i) the Instalments (as defined in the Dept Agreement) paid pursuant to Schedule I of the Dept Agreement amounting to Euros thirty nine million two hundred and fifty eight thousand (€ 39,258,000) and (ii) Euros three hundred and five thousand (€ 305.000) related to the agreed rearrangement of the seismic deck plus interest at the rate of Euribor one year plus 1.5% per annum from our payment of the Instalments and the amount for rearranging the seismic deck until your payment has been made, as per Article XII.1 of the Shipbuilding Contract;

The main issue of this arbitration is whether Arrow on this occasion acted in accordance with its rights vested in the shipbuilding contract.

2.10 Later events relevant to the dispute

In spite of the shipbuilding contract being terminated, Vulcano on 23 September 2009 notified Arrow that "hull no. 533 (formerly "NO. 532")" would be ready for delivery on 24 September 2009 at the yard in Vigo "in accordance with the terms and conditions of the Shipbuilding Contract". Enclosed with the notification was a certification issued by Det Norske Veritas AS stating that "the vessel complies with the Main Class requirements, and also the statutory regulations, except those, which have not been dealt with due to the absence of a formal owner".

Since September 2009, hull no. 532 has been laid up at the yard in Vigo. Vulcano has in the meantime made several attempts to sell the vessel. A sale of the vessel together with hull no. 533 was in fact concluded as late as June 2010 with G. S. Rieber Shipping ASA, the former owner of the Arrow-companies, as buyer. According to a press release from G.S. Rieber Shipping ASA produced by Arrow, the aggregate purchase price was agreed at approximately EUR 107 million. This figure has been confirmed by Vulcano during the hearing of the case. This means that by the sale of hull no. 532 to G.S. Rieber Shipping ASA instead of to Arrow, Vulcano will obtain a nominal gain of approximately EUR 16 million.

However, according to information from Vulcano received during the hearing, the final completion of the sale is still pending subject to certain condition precedents contained in the contract with G.S. Rieber Shipping ASA. Further to this, there is still some uncertainty as to whether Vulcano will be able to keep the benefits resulting from the Spanish tax lease scheme through the transaction with G.S. Rieber Shipping ASA. This is said to depend upon a consent

fu

from the Spanish tax authorities which still is pending and that the result might be that Vulcano will fail to achieve a contribution in respect of hull no. 532 in the range of EUR 15 million. Vulcano has stated these uncertainties as reasons for maintaining its position to retain the advance payment made by Arrow, in spite of the sale of the vessels.

3. Arbitration

3.1 The Arrow II arbitration (Hull 532)

In the arbitration between Vulcano and Arrow II the arbitration award was made on 8 January 2010. The arbitration tribunal concluded that the termination of the Arrow II shipbuilding contract by Arrow II on 20 March 2009 was lawful. In its summing up the arbitration tribunal stated the following:

9-10 ← Summing up, the tribunal's principal conclusions are (1) that the notice of substitution of 6 March 2009 is an unreserved and unilateral declaration that Vulcano will not deliver hull 532 to Arrow, (2) that Vulcano's claim for permissible delay on the same day has no merit, (3) that the cancellation date for the shipbuilding contract is 30 March 2009 as agreed in the MoU, and (4) that Vulcano's notice of substitution of 6 March 2009 establishes beyond reasonable doubt that delivery of the vessel will be delayed beyond the cancellation date 30 March 2009. Consequently Arrow's cancellation of the shipbuilding contract in the letter of 20 March 2009 was lawful and legitimate.

3.2 The Arrow arbitration (Hull 533)

Subsequent to the termination of the Arrow shipbuilding contract on 25 August 2009, Vulcano gave notice of arbitration against Arrow on 3 September 2009. According to a joint letter issued by the parties on 7 October 2009, Appeal Court Judge Jan-Fredrik Wilhelmsen, Professor Geir Woxholth and the attorney-at-law Stephan L. Jervell, were appointed arbitrators. In accordance with the assumption contained in the joint letter, the arbitration tribunal was constituted with Mr Wilhelmsen as chairman of the tribunal. The arbitration tribunal was appointed in accordance with Article XIX of the shipbuilding contract:

1. Governing Law

The parties hereto agree that the validity and interpretation of the Contract and of each Article and part thereof shall be governed by the laws of the Kingdom of Norway.

2. Arbitration

Any dispute between the parties concerning the Contract shall be settled with final and binding effect for both parties by Arbitration in Oslo, Norway. The parties will jointly appoint three arbitrators of which at least one shall be a lawyer admitted to practice in

Norway. If the parties fail to agree on the choice of arbitrators within 14 days from presentation by either party of a written demand for arbitration, each party shall appoint one arbitrator, and the two so appointed shall appoint a third arbitrator who shall act as chairman of the arbitration tribunal. If a party fails to appoint an arbitrator within 14 days after he has been requested to do so by the other party, the Chief Justice of the Appeal Court in the district where the buyer has its venue shall at the request of either party appoint the arbitrators.

A preliminary conference among counsel for the parties and the chairman of the arbitration tribunal pursuant to Article 21 of the Norwegian Arbitration Act was held on 21 December 2009. At the conference the parties agreed on certain practical matters, among which that the case would be conducted in the Norwegian language and the time for the main hearing of the case. During the conference the parties requested that the arbitration award be rendered in the English language.

The written preparation of the case ended on 1 June 2010. The hearing of the case took place in Oslo during the period 21 to 24 June 2010. Immediately prior to and at the start of the oral proceedings, the arbitration tribunal decided certain procedural matters raised by the parties, of which the most important one was not to postpone the case as Vulcano had requested in its writ of 17 June 2009. The decisions are reflected and the rationale of the grounds contained in the records of the proceedings. During the hearing the arbitration tribunal heard statements of the representatives of the litigant parties Vulcano and Arrow, i.e. Mr José Luis Mendés and Ms Irene Waage Basili respectively. In addition, three witnesses gave evidence. Additional adduction of evidence during the hearing appears from the records.

4. The parties' arguments and statements of claim

4.1 Vulcano's arguments and statement of claim

row
- fil
wise.
The main legal issue of this arbitration is whether Arrow was entitled to reject the delivery of hull 532 under the shipbuilding contract for hull 533 as Arrow did in its letter of 30 April 2009. Vulcano admits that if Vulcano by the substitution of the two hulls acted without legal authority under the shipbuilding contract, Arrow's claims in the main action as well as in the cross-action shall be approved by the arbitration tribunal.

trakt
fildes-
elt
The legitimacy of the substitution is in principle a question of a construction of the shipbuilding contract. Since the shipbuilding contract includes the sale and purchase of goods to be manufactured, the starting point under Norwegian law would be that Vulcano has the right at its own discretion to choose among all objects that would fulfil the technical specifications and other requirements under the contract. In consequence, the delivery of hull no. 532 did not represent any deviation from Vulcano's contractual obligation under the shipbuilding contract.

10) ? There is no basis for interpreting the identification of hull no. 533 in the shipbuilding contract as an implied exclusion of the possibility to deliver another identical vessel. The different hull numbers in the shipbuilding contracts should be deemed a mere formality.

36 The principle of the builder's right to choose the object for fulfilment of the contract as long as the specifications and requirements contained therein are met, is supported by the general standard of the fiduciary duty for contracting parties to show loyalty. This principle is also supported by an analogue from section 36 of the Norwegian Sale of Goods Act. This statutory provision sets forth, as a general principle, that a seller of deficient goods has an unconditional right to remedy by way of redelivery as long as the redelivery will not entail a "major inconvenience" to the buyer.

teori Vulcano admits that the above argumentation is not in conformity with traditional legal theory, which seems to have a more restrictive approach by excluding substitution unless this has been agreed, cf. Meland, Commentary to the Norwegian Standard Shipbuilding Contract, page 42. However, this restrictive approach was not upheld by the arbitration tribunal in the case *Broström Tankers AB v. Vulcano S.A.*, cf. ND-2001-523. The decision was based on the existence of a conditional right of substitution under Norwegian law. In the case at hand, all conditions which derive from said arbitration award are met.

Firstly, hulls nos. 532 and 533 are technically and physically equal. They have for all practical purposes been designed and built for the same buyer, i.e. the parent company of the different Arrow-companies, on an identical contractual basis, including drawings, technical specifications and design. The same on-site team has supervised the building of the hulls. The modifications and changes to the hulls made during the building process were for all practical purposes the same.

Secondly, hulls nos. 532 and 533 are commercially equal. The fact that WG refused to accept delivery of hull no. 532 under its charterparty for hull 533, should not deprive Vulcano of its right of substitution. Arrow is not allowed to make any arrangements with third parties that would limit Vulcano's rights under the shipbuilding contract, including the right of substitution. In any case, WG itself had no right to rescind its charterparty due to the substitution. Furthermore, the substitution had no commercial effect on the insurances and the tax lease scheme, which were identical in relation to the two hulls.

Thirdly, Vulcano has invoked its right to substitute in an adequate, clear and explicit manner in its notice of 6 March 2009. Vulcano's argument that it maintained the right to deliver hull no. 532 to Arrow II, is in this context of no significance. Everyone involved understood that the arbitration between Vulcano and Arrow II was initiated only to gain time by postponing Vulcano's obligation to repay the prepaid instalments of the purchase price under the Arrow II shipbuilding contract.

Hy In conclusion, the substitution notified on 6 March 2009 was lawful. The substitution at that point in time appeared to be the only sensible and reasonable solution for both parties. The only reason for the termination was in fact the bad market conditions for seismic vessels resulting from the crisis that occurred in 2008. This implies that there is a certain element of unfairness related to the position taken by Arrow and WG.

dre Based on this conclusion, Vulcano's principal argument in respect of the delays that later occurred is that when Arrow rejected the substitution in its letter of 30 April 2009, this was a breach of contract by Arrow as a customer and creditor in respect of the shipbuilding contract. The legal implication of the breach is that Vulcano's obligations under the shipbuilding contract were suspended. Thus, it is in legal terms of no relevance if and when Vulcano was later on capable of delivering hull 532. Since Arrow, as of 30 April 2009, did not comply with its duty to participate in the completion of the vessel, Vulcano had from that point in time no obligation to complete the vessel. The ultimate legal consequence is that delays are in no way relevant as grounds for termination.

In the alternative, Vulcano has alleged that there was in fact no delay which under the shipbuilding contract could justify the termination. The agreed time of delivery was, according to the MoU, 31 March 2009. Due to a strike at the Vigo Yard from 23 March to 15 July 2009, Vulcano had the right to 50 days' extension of the delivery time in addition to the agreed "grace period" of 120 days. This means that the earliest possible point in time for termination due to delay was 17 September 2009. Thus, when Arrow already on 25 August 2009 terminated the contract, this termination could only be justifiable under Article IV of the shipbuilding contract. It follows from this provision that Arrow has to prove "beyond any reasonable doubt" that the delivery of the vessel would be delayed beyond 17 September 2009. Arrow has not satisfied its burden of proof on this point.

hwa The unjustified termination means that Arrow is liable to pay damages caused by the termination. It follows from general principles of law that Vulcano in such a situation has the right to exercise its right to withhold the money which Arrow has paid to Vulcano under the shipbuilding contract. The right of retention remains in effect until the financial loss that
wlt Vulcano will suffer has been determined. In this case this means that Vulcano has the right to keep the prepaid part of the purchase price until the revenues from the sale of the vessel to G.C. Rieber Shipping ASA have been received and it has been finally decided that Vulcano will uphold the contribution from the Spanish tax lease scheme.

Since Vulcano's position as regards retention is justified, Arrow has no right to claim interest on the money withheld. The obligation to pay interest will arise at and from the time when Vulcano no longer has the right to withhold the money, and then only on the amount which exceeds Vulcano's claim for damages.

Pursuant to Norwegian law the obligation to pay interest will only apply if there is a specific legal ground. In this case the shipbuilding contract only gives Arrow the right to claim interest in case of a termination by the buyer due to a breach of contract, cf. Article IV clause 2 and Article XII clause 1. These provisions are not applicable, and the retention as such cannot constitute grounds for Arrow's claim for interest.

Vulcano has in consideration of the above arguments brought the following claims:

In respect of the **main action**

1. The Tribunal's award that Arrow's termination of the Shipbuilding Contract dated 16 February 2006, as subsequently amended and novated, was unlawful.

In respect of Arrow's **cross-action**

2. The Tribunal's award that Vulcano shall have the right to withhold the full amount claimed by Arrow until (i) a resale of hull number 532 has been completed and (ii) until it can be established with certainty the exact sum which Vulcano shall receive from the Spanish tax lease structure, which was entered into in respect of hull number 532;

In respect of **both actions**

3. Reimbursement of Vulcano's legal and all other costs of this arbitration on a full indemnity basis together with interest from 14 days after the date of the award in this arbitration until payment is received by Vulcano calculated on the basis of the interest rate pursuant to the Norwegian Late Payment Act dated 17 December 1976 no 100; and
4. Reimbursement of all unreturned deposits, arbitrators' fees, administrative costs and other expenses in relation to this arbitration paid or to be paid by Vulcano together with interest from 14 days after the date of the award rendered in this arbitration until payment is received by Vulcano calculated on the basis of the interest rate pursuant to the Norwegian Late Payment Act dated 17 December 1976 no 100.

4.2 Arrow's arguments and statement of claim

Arrow had no legal obligation to accept the substitution of hull no. 533 with hull no. 532 by way of performance of the shipbuilding contract with Vulcano. This fact is already evident from the definition of "the Vessel" contained in the shipbuilding contract, cf. Article I compared with Article II section 1. The main content of the contract is precisely that Vulcano shall "design, build, launch, equip, complete, sell and deliver" the defined vessel, cf. the preamble of the contract.

There are good reasons for the traditional opinion in legal theory that no right of substitution is applicable in a shipbuilding contract unless it has been expressly agreed. A substitution of

vessels would severely interfere with the buyer's basic rights under the contract. Important examples of this are that a substitution would undermine both the buyer's right to inspect the vessel under construction (Article V) and the buyer's right to request modifications and changes (Article VI). Further, a right of substitution would easily conflict with the rights of third parties which would on a regular basis attach to the vessel, for example the rights of a charterer.

The arbitration award in the Broström Tankers AB vs Vulcano S.A. case (ND 2001 page 526) is no support for a right of substitution in the case at hand. The case referred to in ND 2001 page 526 concerned the builder's claim for damages, i.e. the subject matter of the dispute was quite different from the present case which concerns the right of the buyer to collect the money which has been prepaid to the builder. The possible right of substitution was motivated by the general obligation of a contracting party to limit its financial loss. This question is not relevant in view of the prevailing facts. In addition, the conditions for a right of substitution which were implied by the arbitration tribunal in the former case are under any circumstances not met in the case at hand.

*well
positively*
the substitution, vessel is the object:

*well
justified
for
t
trans*
Vulcano did not submit a clear and unreserved declaration to substitute hull no. 533 with no. 532. On the contrary, in spite of the substitution Vulcano tried to maintain its position vis-à-vis Arrow II that hull no. 532 would still be "completed and delivered as per the Shipbuilding Contract", cf. Vulcano's letter of 26 March 2009. In fact, this position was maintained by Vulcano throughout the arbitration with Arrow II.

h:
Hull no. 532 was not – nor could it be – physically equal to hull no. 533. Suffice it to say that hull no. 532 was for a major part built at the Juliana Yard in Gijon and that Vulcano decided to move the vessel to the yard in Vigo due to the technical incompetence and lack of skill and proper workmanship at the yard in Gijon. To this should be added that hull no. 532 suffered from a seawater leakage during the towing from Gijon to Vigo which neither was nor could be properly rectified.

*add,
ker*
The delivery of hull no. 532 was not commercially equal to the delivery of hull no. 533. In fact, the delivery of hull no. 532 under the shipbuilding contract with Arrow was in no way commercially viable. In the first place, WG on a justifiable legal ground rejected the delivery of hull no. 32 under its' charterparty with Arrow. Secondly, the substitution involved a great deal of uncertainty as regards the Spanish tax lease scheme, the insurance scheme and Arrow's and PGS' own financing. Vulcano was not able to provide any real reassurance concerning these issues. At the time when Arrow terminated the shipbuilding contract Arrow was forced to realize that a substitution might have as a consequence that they would become liable for the loss of the tax deductions in an amount in the range of 50 million Euros and that the Facility Agreement with their bankers dated 15 May 2007 was exposed to a call for redemption and cross default of the basic credit facilities of PGS.

bet.
In conclusion: the termination of the shipbuilding contract on 25 August 2009 was lawful. By the substitution Arrow had been placed in a situation where they had no choice but to terminate the shipbuilding contract. One of the consequences is that Vulcano at the time of termination was obliged to repay the advance payment in addition to accrued interest as provided in Article XII section 1 of the shipbuilding contract.

Irrespective of the lawfulness of the termination, Arrow is entitled to repayment of the prepaid instalments of the purchase price in addition to accrued interest. Article XII section 1 has no regulation to the effect that Vulcano is entitled to retain the advance payment on the grounds that the termination is disputed. It follows clearly from the wording that Vulcano upon cancellation "shall refund all sums paid by the Buyer... including interest thereon". This contractual regime shall not be supplemented by the provision contained in section 64 of the Norwegian Sale of Goods Act.

ut
Apart from the material aspects related to Arrow's claim in respect of its alleged right to withhold money (section 2 of the claim included in the cross-action), this claim shall on a mere procedural basis be dismissed by the arbitration tribunal. The claim was presented as a new claim during the main hearing. It thus represents an unlawful expansion of the issues in dispute and shall be subject to preclusion in accordance with section 25 of the Norwegian Arbitration Act.

A(?)
The termination is justifiable, not only due to the substitution, but also due to delays in the delivery of hull 532. In this connection Vulcano has no right to an extension of the agreed time for a possible termination which, in consideration of the "grace period" of 120 days, was 29 July 2009. The strike at the Vigo Yard ended on 6 July 2009. This means that the letter from Vulcano dated 24 July 2009 announcing that the cause of delay had ended, was submitted too late and that the claim for extension has been precluded, cf. Article IX section 2 of the shipbuilding contract.

In any event, the effect of the strike was, at the most, merely a delay of 26 days in the process of building the vessel, which implies that the right for Arrow to terminate on the basis of a delay would have existed as early as 2 September 2009. Irrespective of the answer to the question whether the right to terminate would exist as of 2 September or as of 17 September 2009, it follows from Article IV section 1 litra d that Arrow had the right to terminate on the basis of an anticipatory delay. At the time of cancellation on 25 August 2009, it was established "beyond reasonable doubt" that it would be impossible for Vulcano to deliver the vessel prior to or on 17 September 2009.

Arrow has in consideration of the above arguments submitted the following statement of claim;

In respect of the **main action**

Arrow Seismic Invest III Limited is acquitted.

In respect of the **cross-action**

1. Arrow Seismic Invest III Limited's cancellation of the shipbuilding contract with Factorias Vulcano S.A. was rightful.
2. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay Arrow Seismic Invest III Limited EUR 39 563 000. In addition, Factorias Vulcano S.A. is to pay to Arrow Seismic Invest III Limited interest at the rate of Euribor 1 yr + 1.5%; of EUR 5 742 000 from 27 June 2007; of EUR 2 700 000 from 15 June 2006; of EUR 5 742 000 from 27 June 2007; of EUR 5 742 000 from 14 December 2007; of EUR 3 500 000 from 1 February 2008; of EUR 8 442 000 from 15 February 2008; of EUR 7 390 000 from 19 May 2008 and; of EUR 305 000 from 31 May 2008, until the date payment is made. The maturity date is 2 – two- weeks from counsel's receipt of the arbitration award.

In respect of **both actions**

1. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay to Arrow Seismic Invest III Limited legal costs related to this arbitration. The maturity date is 2 – two - weeks from counsel's receipt of the arbitration award.
2. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay the costs of the arbitral tribunal.

5. The arbitration tribunal's remarks

The Arbitration Tribunal will first decide upon the question whether Arrow had the right to oppose the delivery of hull no. 532 under the shipbuilding contract for hull no. 533. Arrow reserved such a right in their reply dated 13 March 2009. This right was in point of fact cited in Arrow's letter of 30 April 2009 and the right was finally exercised as an independent ground for terminating the contract in Arrow's notification of 25 August 2009.

The Arbitrators agree with the parties that this issue is of decisive importance for the outcome of the case. If Arrow had the right to oppose delivery of hull no. 532 as an object of performance, it is clear that the termination of the contract was rightful and that the conditions for claiming reimbursement according to Article XII section 1 of the contract are satisfied.

In view of the fact that the parties' rights and obligations are regulated by the shipbuilding contract the answer to the question of the right to substitute the subject matter of performance must first and foremost depend on a construction of the contract. From a strictly theoretical standpoint three construction results are conceivable. In the first place that the contract must be construed to mean that it excludes the possibility of a substitution. Secondly, that the contract must be construed to mean that it provides the right to substitution. Thirdly, that the

construction does not give any definite answer so that the answer will depend more on a complementing of the contract based on general background law and real considerations.

2 The definition of "Vessel" in the contract refers to Article II, which states that

Vessel shall be built at the Builders yard in Vigo, Spain and shall have the Builders hull No 533, and be designed, constructed, equipped, completed and delivered by the Builder in accordance with the provisions of the Contract.

3 As will appear, the definition of the subject matter of performance is a specific hull – hull No. 533. The arbitrators agree with the Claimants that a swap of numbering hull 533 to 532 cannot *per se* be decisive. The definition nevertheless supports the Defendant's position that in shipbuilding matters we are looking at individually determined obligations, which can normally only be fulfilled by means of the object which is individualized in the contract.

4c This position also finds support in other provisions in the contract. The yard's obligations under the contract are not only linked to the actual delivery of the Vessel, but also to the building process. Article V in the contract gives Arrow "free access to the Vessel" to allow Arrow on an ongoing basis to inspect the building works. Article VI provides Arrow with the right on an ongoing basis to request "changes and modifications". Arrow's rights to check and influence the result of Vulcano's work are incompatible with a right for Vulcano to unilaterally substitute the subject matter of performance. Arrow would in that event *de facto* be deprived of its contractual rights.

5 Nor is a right for the yard to substitute hulls easily compatible with the interests of third parties, which will on a regular basis attach to the vessel under construction and meant for delivery. Insurances will normally be linked to a specific hull. Funding of the ship will normally be achieved by the mortgaging of a specific hull. The buyer will normally have based the building of the vessel on a contract for the chartering of the specifically designated vessel. The commercial situation which the vessel will form a part of consequently implies that a substitution of the subject matter of performance must depend on the consent of the buyer, and is not a unilateral right for the shipyard.

6 The considerations highlighted above are part of the rationale behind the position expressed in legal theory, cf. Meland: *Skipsbygging* [Shipbuilding] (Commentaries to the Norwegian Shipbuilding Contract) page 42 (unofficial translation provided by the tribunal):

The reason for inserting a builder's hull number is to have a unique identification of the vessel. This is most important in connection with the registration of the contract in the shipbuilding register. Parts and equipment which arrive at the yard will normally be identified with the hull number, and will then be included in mortgages established by registration in the shipbuilding register. If the equipment belongs to the buyer, one should in addition to marking the hull number, also mark it as belonging to the buyer

to ensure the buyer's ownership and exclude the possibility of the equipment being included in the mortgage. 1

The yard will also be obliged to deliver the hull number which follows from the contract and cannot substitute this with another. It is also characteristic of shipbuilding that the question of substitution of the hull defined in the contract with another hull very seldom arises. If this should become a theme, a condition must be that the party which wants to deliver a substitute (the yard) must make a clear reservation in that respect, and the substitute must – if it is not in every way identical – in every way be equal to the vessel defined in the contract. 2

The position that the right to substitution is subject to an explicit agreement also finds support in international case law. The Arbitration Tribunal here refers to the House of Lords' decision of 26 February 1998 ((1998) 1 Lloyd's Rep. 609), which Arrow has referred to. The case concerned 6 shipbuilding contracts between a Polish yard and Latvian shipowners. The second part of the contract price was payable when the keel had been laid. The buyers failed to pay the keel-laying instalments for vessels 1 and 2, whereupon the yard rescinded the contracts for these two vessels. The yard renumbered the existing keels for vessels 3 and 4, and claimed the second instalments for these vessels. The instalments were not paid, whereupon the yard rescinded the contracts for vessels 3 and 4, renumbered the keels for vessels 5 and 6, and rescinded the contracts for these vessels as well when the keel-laying instalments were not paid. On the acceptability of this procedure it was held by Lord Goff of Chievely as spokesman for the majority vote: 3

I have come to the conclusion that, in a case such as this, it is right that the buyer's argument should be preferred because it is most consistent with the intention of the parties as contained in the words of the contract. In truth, what the yard was doing was to appropriate to contracts 3 and 4 (and subsequently to contracts 5 and 6) sections which had been joined as part of the construction of a vessel built under a different contract. There was nothing to stop them doing that, if the buyers agreed. In normal circumstances, it might well be possible to obtain such agreement; but in a case such as the present, there was no chance of it being obtained. Moreover, if the yard's argument is right, they were entitled to do this as of right in a case where the contracts in question were with different buyers. In such a case it would be most surprising if the yard could so proceed without first obtaining the consent of the second buyer. On the buyers' construction of the clause, such a step would not be open to the yard. Furthermore their construction fully recognizes the right of the buyers to supervise the construction of the vessel under their contract with the yard. The fact that, in the present case, the buyers happened to have the opportunity of supervising the joining of the sections under previous contracts is of no relevance to the construction of the clause.

Finally, the Arbitrators refer to the fact that the question of the right to substitution was also decided in the arbitration case between Arrow II and Vulcano. After having established that there was no delay providing a basis for termination, the Tribunal gave the following additional grounds: 3

In addition, it seems clear under both Norwegian and international law on shipbuilding contracts that swaps like this cannot be accepted unless agreed by the buyers.

✓
e 18,
it 2
§36

Vulcano has emphasized that the rule contained in section 36 of the Norwegian Sale of Goods Act relating to seller's right to redelivery as a remedy for defects must be of decisive importance for the construction of the shipbuilding contract. The Arbitrators have understood Vulcano's reasoning to mean that since we are looking at a purchase of goods to be manufactured to buyer's specifications and Norwegian law contains a rule relating to redelivery to remedy defects, the starting point will be a right to swap, unless the shipbuilding contract explicitly establishes the contrary. The Arbitrators disagree with this line of reasoning. In the first place, Article X of the shipbuilding contract must clearly be construed to mean that substitution is excluded as a remedy alternative. For this reason alone section 36 of the Sale of Goods Act is of little transfer value for the construction. In the second place, section 36 of the Sale of Goods Act concerns a different situation than the present, viz. the repair of defects after delivery has taken place. In this case the question is whether the yard before delivery can avoid liability and termination for a delivery occurred prior to the agreed time of delivery. Thirdly, the rule contained in the Sale of Goods Act relating to redelivery is not worded or enacted with a view to the present contractual relationship, which concerns the building and delivery of an individually designated vessel.

This does not mean that the Arbitration Tribunal in principle will rule out that in the construction of shipbuilding contracts it may be relevant to attach importance to other relevant contract law principles and considerations that may lead to an expanding or restrictive construction result. It is generally accepted in Norwegian law – more than in Anglo-American legal tradition – that contractual terms and conditions can be construed with a view to reaching a result which is reasonable and sensible.

genny

In the case at hand Vulcano has in this light emphasized that Arrow's duty of loyalty and obligation to limit their loss suggested that Vulcano under the contract was given the opportunity to replace hull no. 533 with no. 532. Vulcano has here referred to the arbitration decision incorporated in ND-2001-56.

The Arbitrators agree with Vulcano that both the majority and the minority in this case appear to have held the door open to a potential substitution right also in shipbuilding contracts. The way the tribunal reads the decision, the minority found that the buyer, by refusing to accept redelivery, did not exercise a duty to limit the loss and that this was not loyal conduct. The majority appears to be willing to accept a substitution right subject to the condition that the ships were technically and commercially equal and that the yard had made a sufficiently clear and binding declaration of substitution.

Wintam

~~at it~~
Kv

As regards the minority's vote, the Arbitrators wish to emphasize that the issue of this case is not the question whether Arrow is entitled to compensation for its loss, but whether Arrow is entitled to recover the prepaid part of the purchase price relating to another vessel than the one the yard wanted to deliver. It is therefore difficult to see that it is a question of a failure to fulfil the duty to limit a loss and the duty of loyalty on Arrow's part in this case.

estm

As regards the majority's vote, the Arbitrators wish to emphasize that Vulcano can hardly be regarded to have fulfilled its obligation, if any, to make a clear and unambiguous statement of substitution. Admittedly, the wording of the statement of 6 March 2009 is clear and unambiguous, but Vulcano's subsequent communication and conduct must have left a great deal of uncertainty for Arrow and Arrow II. Here the Arbitrators refer to the fact that in its letter of 26 March 2009 Vulcano maintained hull no. 532 as the subject matter of performance vis-à-vis Arrow as well as Arrow II, and that arbitration proceedings were initiated and concluded under Vulcano's assumption of having been able to deliver hull no. 532 to Arrow II on time.

The Arbitrators also find it clear that for Arrow delivery of hull no. 532 was not a technically and commercially equal solution to maintaining delivery of hull no. 533.

As regards the technical aspects, the Arbitrators point out that hull no. 532 was in all essentials built at a yard under so difficult and poor working conditions with resulting quality problems and delays that Vulcano was forced to move the work for completion to another yard. The Arbitrators further point out that during the transfer hull no. 532 took in seawater in critical areas of the vessel. In this light there was every reason for Arrow to assume that the quality of hull no. 532 would under any circumstances be inferior to the quality of hull no. 533.

As regards the commercial aspects, the Arbitrators find the fact that WG had opposed delivery of hull no. 532 under their time-charter with Arrow to be of vital importance. The Arbitrators find it most probable that this was a position which WG could rightly adopt under English law, as Arrow as things progressed verified to be the case. To this should be added Arrow's justified uncertainty in connection with insurance, the possibility of being held liable for the disappearance of tax advantages associated with the special Spanish tax lease scheme and the possibility of the disappearance of building financing and a "cross-default" situation at group level. The Arbitrators need not go into the details of all this. It is sufficient to point out that the uncertainty which these issues created constituted in itself a relevant and reasonable commercial basis for rejecting hull no. 532 as delivery of no. 533 at the time of cancellation.

There is accordingly in this case no room for an expansive or complementary construction of the starting point of the shipbuilding contract concerning delivery of the individually designated hull no. 532 as the only performance alternative based on views about Arrow's duty to limit their loss or in other ways to show loyalty. On the contrary, the Arbitrators find

that in the light of the background history with delays and Arrow's willingness to pay for some of the cost overruns they have acted loyally and that the termination was a natural consequence of the prevailing situation for Arrow at the time of termination. It is possible that WG's objection to accept hull no. 533 was a consequence of deteriorating market prospects for the employment of the vessel. Nevertheless, exercising a contractual right to termination cannot be characterized as disloyal on the part of WG – just as it cannot be characterized as disloyal on the part of Arrow to have to take the consequences of WG's position.

On the basis of all facts and evidence, the Arbitrators will sum up their findings in the following points: (i) the shipbuilding contract must be construed to mean that it did not give Vulcano the right to substitute hull no. 533 with hull no. 532, (ii) there is no basis for a complementary interpretation of Vulcano's right on this point based on Arrow's duty to limit their loss or duty of loyalty, (iii) Arrow has rightly opposed redelivery on the basis of contract law and (iv) Arrow's termination of the shipbuilding contract on 25 August 2009 was lawful.

Even though the Arbitrators are not required to give any additional rationale for the grounds of their decision, they have, in the light of the way in which this case has been conducted and argued, decided to add the following:

The Arbitrators find that Arrow has rendered probable that at the time of termination there was an anticipated delay which in itself entitled Arrow to terminate. Even if 17 September 2009 was taken as basis for the closing date for termination according to the system of the contract regarding strikes as a "permissible delay", it had at 25 August 2009 been "established beyond any reasonable doubt" that delivery would not take place until after that date. Here the Arbitrators refer to the fact that Vulcano did not announce delivery until 23 September 2009. The Arbitrators find that the vessel at that time was not ready for delivery in accordance with the substantive and formal requirements of the contract.

Under these circumstances Vulcano shall refund all sums paid by Arrow with interest according to Article XII section 1 of the shipbuilding contract. The amount which has been paid – EUR 39 563 000 – and the interest details as presented in Arrow's claim, have not been contested by Vulcano. Arrow's claim is consequently accepted.

Arrow has won the case on all counts. Under the Norwegian Arbitration Act, Section 40, subsection 2, the tribunal can order one party to pay all or parts of the other party's costs in connection with the case, if this is deemed appropriate. In this connection the tribunal shall take into consideration the provisions on costs in the Norwegian Disputes Act, Part 20. Under this Act section 20-2 a party who wins the case, can claim full compensation for its costs from the other party. Exemptions from this rule can be made if there are compelling reasons. Cases where the result is doubtful represent the main exemption. The tribunal has not been in any doubt in this case, and cannot see any reason for not awarding Arrow full costs from Vulcano. Under section 20-5 of the Disputes Act the amount awarded shall not go beyond necessary

costs. Arrow has presented a claim for costs in the amount of NOK 1 571 764, of which NOK 1 547 455 are legal fees and NOK 24 309 miscellaneous costs. Arrow's counsel, Mr. Gunleiksrud, has informed the tribunal that two lawyers in addition to himself and his co-counsel, Mr. Pedersen, have worked on the case. The merits of this case as well as the legal issues are very close to those pertaining to the Arrow II arbitration which Mr Gunleiksrud himself conducted as late as in December 2009. Against this background the requested fee may seem somewhat high. On the other hand, the case involves considerable financial interests, and a large part of the documentation on which the decision is based was provided by Arrow and their counsel. In addition, the claim has not been contested by Vulcano. The tribunal has decided to accept the claim in full and accordingly awards Arrow NOK 1 571 764 by way of costs. The costs are awarded jointly for the main action and the cross-action.

Under section 39 of the Norwegian Arbitration Act the tribunal determines its own fees and settlement of expenses, unless otherwise agreed between the tribunal and the parties. No such agreement has been entered into. Under section 40 the tribunal shall allocate the costs between the parties as it sees appropriate. Arrow has won the case and been awarded full costs. It is therefore reasonable that Vulcano carries the full costs of the arbitration tribunal as well. Under section 39 of the Arbitration Act, the determination of the arbitration tribunal's own fees and settlement of expenses shall be included in the award concluding the case. The fees are determined as follows:

Appeal Court Judge Jan-Fredrik Wilhelmsen	NOK 450 000
Professor Geir Woxholth	NOK 300 000
Stephan L Jervell, Attorney-at-law	NOK 300 000
<u>In total</u>	<u>NOK 1 050 000</u>

In addition Arrow has to recover the expenses of the Arbitration Tribunal for secretarial assistance and translation with an aggregate amount of NOK 22 500 including VAT. This means that Vulcano is ordered to pay the Arbitrator's fees and to settle the Tribunal's expenses with an aggregate amount of NOK 1 072 500. As provided in section 39 subsection 2 of the Arbitration Act, the parties shall be jointly and severally liable for the fees and the costs of the Tribunal.

According to the Act on National Insurance the fees are subject to 14.1% employer's contribution payable by Vulcano. The fees and the amount for recovery of costs become due and payable not later than one month after this award is made, i.e. on 29 August 2009 at the latest. Further details about the payment and the release of the security which the parties have provided are set out in the cover letter to this award.

The decision is unanimous.

6. Conclusion

The main action:

Arrow Seismic Invest III Limited is acquitted.

The cross-action:

1. Arrow Seismic Invest III Limited's cancellation of the shipbuilding contract with Factorias Vulcano S.A. was lawful.
2. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay to Arrow Seismic Invest III Limited EUR 39 563 000 – thirtyninemillionfivehundredandsixtythree thousand Euros. In addition, Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay Arrow Seismic Invest III Limited interest at the rate of Euribor 1 yr + 1,5%; on EUR 5 742 000 from 27 June 2007; on EUR 2 700 000 from 15 June 2006; on EUR 5 742 000 from 27 June 2007; on EUR 5 742 000 from 14 December 2007; on EUR 3 500 000 from 1 February 2008; on EUR 8 442 000 from 15 February 2008; on EUR 7 390 000 from 19 May 2008 and on EUR 305 000 from 31 May 2008, until the date payment is made. The maturity date is 2 – two – weeks from counsel's receipt of the arbitration award.

Both actions:

1. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay NOK 1 547 455 – onemillionfivehundredandfortyseventhousandfivehundredandfiftyfive Norwegian Kroner – by way of costs to Arrow Seismic Invest III Limited. Maturity date is 2 – two – weeks from counsel's receipt of the arbitration award.
2. Factorias Vulcano S.A. is ordered to pay the fees and the costs of the arbitration tribunal in the aggregate amount of NOK 1 072 500 – onemillionseventytwo thousandfive hundred – Norwegian Kroner excluding employer's national insurance contribution on the fees which shall be paid separately. The maturity date is 1 – one – month from the date of this award. Arrow Seismic Invest III Limited shall be jointly and severally liable to the tribunal.

Ar. Seismic Invest III Limited
Factorias Vulcano S.A.

ND-2001-526

MYNDIGHET:	Norsk voldgiftsdom
DATO:	2001-11-27
DOKNR/PUBLISERT:	ND-2001-526
STIKKORD:	(61) Tvist mellom verft og rederi etter forsinkelse og kansellering av nybygg.
TITTEL:	Spørsmål om rederiet var forpliktet til å akseptere et annet skip som kontraktsmessig oppfyllelse og om rederiet dermed ikke hadde kanselleringsrett. Rettens flertall kom til at substitusjon ikke var tilstrekkelig klart påberopt fra verftets side. Vilåårene for substitusjon var heller ikke oppfylt. Mindretallet fant at vilåårene forelå. Dissens også vedrørende tapsbegrensningsplikten. Rederiet fikk medhold i sitt erstatningskrav.
SAKSGANG:	Norsk voldgiftsdom 27. november 2001.
FORFATTER:	<i>Voldgiftsrettens medlemmer: Lagdommer Gunnar Vefling, høyesterettsadvokat Erling C. Hjort og professor dr.jur. Hans Jacob Bull.</i>

1. Innledning

Saken gjelder erstatningskrav som Broström Tankers AB har reist mot Factorias Vulcano SA for tap som følge av forsinkelse og kansellering av byggenummer 476. Det sentrale spørsmålet er om rederiet har tapt sin rett til å kreve erstatning fordi det ikke aksepterte et annet nybygg ved verftet, byggenummer 475, som kontraktsmessig oppfyllelse.

United Tankers AB, Sverige, heretter benevnt Broström (United Tankers AB skiftet i 2000 navn til Broström Tankers AB), inngikk i 1996 kontrakter med Factorias Vulcano SA, Vigo i Spania, heretter benevnt Factorias, om bygging av fire kjemikalietankere, hver på ca. 16.000 dwt.

Kontraktene for de to første skip med byggenummere 458 og 459, ble inngått i april 1 996 med avtalt levering henholdsvis i januar og juli 1998.

De to siste kontrakter ble inngått 23. desember 1996. Kontraktene for disse var identiske, og skipene fikk byggenummere 475 og 476. Kontraktene var også identiske med de to første kontrakter bortsett fra leveringstid og det forhold at de to siste skip skulle bygges med tanker av rustfritt stål, med spesielt forsterket skrog for tung last og med høyeste isklasse. Det var avtalt fast pris på ESP 4.600 millioner (tilsvarende ca. USD 35 millioner) for hvert skip etter fradrag av subsidier.

Article XIII i kontraktene vedrørende 475 og 476 inneholdt bestemmelse om at de først skulle bli rettslig bindende når en rekke betingelser var oppfylt. En av betingelsene var at styret i Broström ga sin tilslutning. Signeringen av kontraktene før alle forhold var klarlagt, hadde bakgrunn i de spanske subsidieregler.

Overenstemmende med byggekontraktens Article X, som angir voldgift i Oslo med anvendelse av norsk rett, reiste Broström voldgiftsak ved Request for Arbitration datert 26. oktober 2000. Voldgiftsretten ble deretter etablert i henhold til Article X.

Voldgiftsrettens formann hadde i desember 2000 et møte i Oslo med partenes prosessfullmektiger der det ble lagt en tidsplan for utveksling av prosesskrifter, en plan som senere ble fulgt. Hovedforhandling fant sted i Oslo 1. - 4. oktober 2001. Etter avtale mellom partene ble forhandlingene ført på skandinavisk, bortsett fra avhør av partsrepresentantene som skjedde på engelsk. Partene har også samtykket i at voldgiftsdommen skrives på norsk.

Under hovedforhandlingen ble som partsrepresentanter for Broström avhørt Lennart Simonsson og Tore Angervall som henholdsvis styrets formann og administrerende direktør. For Factorias avga Mr. Fernando Santodomingo forklaring i egenskap av styrets formann. Voldgiftsretten mottok dessuten forklaring av følgende vitner: 1) Olle Noord, Broström Ship Management AB, 2) Peter Stenberg, Broström Ship Management AB, 3) Odd Killengren, OK Maritime AS og 4) Kenneth Nilsson, tidligere Executive Vice President i United Tankers AB.

2. Nærmere om de faktiske forhold

Broström Tankers AB er et rederi som disponerer ca. 60 product / chemical tankers, hvorav 35 er eiet av selskapet. Forretningskonseptet er å tilby faste kunder transportkapasitet og inngå volumkontrakter som oppfylles ved å benytte egnet skip i rederiets flåte. For å kunne operere på denne måten er det viktig med fleksibilitet, og det er nødvendig med flere skip av samme type.

Bakgrunnen for Broströms kontrahering av 475 og 476 ved Factorias var en ny forretningsidé som gikk ut på å organisere et transportsystem for laster med syre og caustic soda. Etter rederiets syn var det av fundamental betydning å disponere to spesialskip for å tilfredstille kundegruppens krav.

Fordi Broström ikke hadde finansiell kapasitet til selv å eie all den tonnasje som var nødvendig å disponere i virksomheten, hadde rederiet utviklet en praksis med å knytte til seg investorer som eiet skip som rederiet disponerte.

INITIA AB For 475 og 476 var forholdet nettopp det at Broström ikke fant å kunne påta seg den økonomiske belastningen ved selv å kjøpe begge. Før Broströms styre kunne godkjenne kontraheringen, måtte rederiet ha funnet en investor som var villig til å overta ett av skipene. I løpet av sommeren 1997 lyktes Broström i dette, og 23. september 1997 ble 475-kontrakten overdratt til INITIA AB. Etter dette trådte begge kontraktene, 475 og 476, i kraft den 31. oktober 1997. For 476 var leveringsdato 18. april 2000 og kanselleringsdato 18. oktober 2000.

W Det spanske garantiselskapet PYMAR hadde 20. oktober 1997 overfor Broström garantert for ferdigstillelse av 476 på nærmere angitte betingelser. PYMAR disponerer et fond etablert av spanske skipsverft for å kunne utstede garantier til medlemsverftenes rederikunder for ferdigstillelse av skip under bygging. Ferdigstillelse kan skje ved at PYMAR griper inn i verftets byggevirksomhet eller ved at ferdigstillelsen overlates til et annet verft godkjent av bestiller. I nærværende sak var garantien begrenset oppad til ESP 1.380 millioner. Sakens parter er uenige om garantiavtalen inneholder en preskripsjonsfrist som kunne påberopes av PYMAR.

Kjølstrekking for 475 ble foretatt i midten av september 1998, ca. 3 måneder etter den opprinnelige tidsplan.

På et ikke nærmere angitt tidspunkt i 1998 inngikk verftets styreformann Fernando Santodomingo og Broströms daværende viseadministrerende direktør Kenneth Nilsson en tentativ avtale om forlengelse av leveringstid for så vel 475 som 476 og om bonus til verftet på USD 400.000 for hvert skip. Verken INITIA eller Broströms styre godkjente imidlertid avtalen.

Våren 1999 fant Broström ut at man ikke var tilfreds med det baugpropellarrangement som var på 458 og 459. Man besluttet å konstruere om 476 slik at man kunne få en baugpropeller av konvensjonell type. Dessuten ønsket man en bedre « bilge water separator », heretter benevnt separator. Disse endringene, som gjaldt 476 og ikke 475, ble avtalt med verftet.

Laag 159 De to første av kjemikalieskipene, 458 og 459, ble levert henholdsvis i april 1999 og august 1999. Begge var da ca. 8 måneder forsinket i forhold til avtalt leveringsdato. Det medførte at verftet betalte maksimal konvensjonalbot til Broström.

fortsettelse Byggingen av 475 - skipet til INITIA - var i mellomtiden også blitt betydelig forsinket. Man hadde for lenge siden passert den avtalte leveringsdato, og sommeren 1999 ble det etterhånden klart at verftet heller ikke kunne holde den fastsatte kanselleringsfrist som var 22. september 1999. INITIAs eier og styreleder Ingmar Petersson var blitt syk og døde sommeren 1999. Selskapets interesse for shipping ble dermed brått redusert. Factorias og INITIA ble i midten av september

1999 enige om at 475-kontrakten skulle overdras til Rucile International Limited, et datterselskap av Factorias. PYMAR hadde pant i aksjene i Rucile. INITIA var dermed ute av bildet.

Umiddelbart etter dette hadde Factorias et møte i Göteborg med Broström der verftet fremsatte forslag om levering av 475 istedenfor 476. Broströms svar var avvisende under henvisning til rederiets forutsetning om to skip av denne type.

I brev av 27. september 1999 gjør Factorias oppmerksom på at de to kontraktene for henholdsvis 475 og 476 « in law ... are in no way interrelated ». Verftet opplyser på at man planlegger kjølstrekking for 476 den 30. september 1999. Videre sies: « ... providing we solve the sale of NB 475, we should be in a position to deliver the vessel to you within the maximum time frame in the contract ». Deretter fremsetter Factorias i brevet to alternative forslag:

- 1) Bareboat/Hire Purchase agreement for Broström for begge skip, og
- 2) Levering av 475 som 476 og at Broström inngår en ny kontrakt for bnr. 477 « on the basis of a Bareboat/Hire Purchase agreement ».

Verftet tilføyer:

Until such time that the parties may have agreed differently, the construction of NB 476 will continue as per plan. It is our aim to find a solution in your best interest wherefore we are open to listen to any other ideas you might have.

Det var underforstått at bnr. 477 skulle ha samme spesifikasjoner som 476 og faktisk også være dette skipet. Verftets utspill førte til en rekke diskusjoner mellom partene i tiden som fulgte, uten at man kom frem til enighet.

475 ble ferdig 15. oktober 1999 og ble deretter liggende på verftsområdet inntil skipet i november 2000 ble levert til et italiensk rederi i henhold til bareboat-kontrakt inngått i august samme år.

Kjølstrekking for 476 skjedde 20. oktober 1999 og Broström betalte den kontraktsmessige forskuddstermin med ESP 467.886.700, som tilsvarte ca. 2,8 millioner Euros.

6. desember 1999 meddeler Factorias i telefonsamtale med Broström at verftet ikke er i stand til å ferdigstille 476 innen kontraktens frister for levering og heving/kansellering. Broström bekreftet telefonsamtalen i brev av 20. desember 1999, ga uttrykk for dyp bekymring og etterlyste den bebudete skriftlige oppfølging fra Factorias.

I telefaks av 24. januar 2000 til Factorias skriver Broström at « you are deliberately avoiding your duty to fulfil your contractual obligations » og at dette innebærer « breach of contract by wilful misconduct ». Broström varsler at de vil kreve erstatning for så vel direkte tap som konsekvensskader. Kopi av telefaksen sendes til PYMAR.

Factorias viser i sitt brev til rederiet av 14. februar 2000 (med kopi til PYMAR) til årsaker til forsinkelsene, hvorefter det sies:

Now we can not make the Vessel ready for delivery before October 18th 2000 and although you have informed us verbally in several occasions that you will not take delivery of the Vessel after that date due to the market situation and the cancellation of the AB INITIA of the sister Vessel H/475, we are still building with subcontractors the 476 of which we have already elaborated more than 50% of the Hull and invested more man 1.6 millions Euros.

In order to clarify what you tell us verbally and what you write to us; please confirm us in writing, within a week, if you would take delivery of the Vessel after October 2000 to a maximum of April 2001.

Beløpet 1,6 millioner Euros ble i senere brev fra Factorias rettet til 5,6 millioner Euros.

Broström svarer i telefaks av 22. februar 2000 (med kopi til PYMAR) med kategorisk å tilbakevise at rederiet har noen del av ansvaret for forsinkelsene med 476. Dessuten sier rederiet

blant annet:

In view of your wilful default under the contract we can now inform you that we are not prepared to take delivery after the cancellation date 18 October 1999. We must consequently advise you that we are considering rescinding the contract already at this stage in order to mitigate losses.

As an alternative to choosing to cancel the contract already on the basis of your statement we are also considering to invoke the PYMAR guarantee. PYMAR is obliged to ensure completion of the vessel in accordance with the contract terms, i.e. on or before 18 October 2000.

1. mars 2000 sender Broström telefaks til verftet (med kopi til PYMAR). Svar på brevet av 22. februar etterlyses: « We have neither received any reaction nor have we been presented any proposal acceptable to us to solve the serious situation with Hull 476. »

I brev av 2. mars 2000 svarer Factorias med blant annet å påpeke at Broströms telefaks av 22. februar « is clearly ambiguous and contain statements which are inconsistent with each other ». Avslutningsvis i brevet heter det:

In relation to your reference to the Article V.6 of the Shipbuilding Contract, we can offer to you once more the following:

Our newbuilding 475 cancelled by AB INITIA and sister vessels of our newbuilding 476 was designed by your chosen designer SkipKonsulent, and the inspection during building was done by your inspection team. The fact is, that we only met for first time a representative from AB INITIA, in the cancellation talks after AB INITIA took from you the power of attorney for legal matters.

We have offered this vessel to you in several occasions and repeatedly you have rejected our offer, and since then, we are trying to sell her and as you know, we are negotiating with two different Owners.

Since our offer to you has been done in September 99 and we are suffering additional losses keeping this Vessel, once again we offer you to take the sister Vessel fulfilling in that manner our Contract, taking in consideration that the agreement of September 98 will apply.

Based on the above, we must just repeat that we offer the Vessel 475 for delivery now or the Vessel 476 for delivery after the 18th October 2000 at a time to be agreed upon. If you do not give us a positive answer within March 9, 2000 at 12:00 o'clock CET, we will definitely consider that you have cancelled the building contract.

Til dette svarte Broström i brev av 7. mars 2000 at de ikke har kansellert kontrakten. « Having further considered the situation we have instead decided that we wish to continue with that contract. It follows that your obligation to fulfil the contract still applies. ». Avslutningsvis sier Broström:

We have noted your offer to deliver your hull 475 to us. We naturally view that offer as a commercial transaction different from the contract made between yourselves and us. We are not prepared to accept hull 475 as proper performance under our contract with you. Should you wish us to consider a purchase of hull 475 as a separate transaction we would be prepared to do so only if you can offer that vessel at a price which is attractive in the current market situation.

Samme dag, 7. mars 2000, skriver Broström til PYMAR og kaller på garantien. Factorias skriver til Broström (kopi til PYMAR) 10. mars 2000:

We do not accept your reserving rights to cancel if we do not deliver in time. Therefore unless you declare before March 15th 2000, that you will not cancel the Contract with our delivery after October 18th 2000, we will consider you will cancel the contract and we remain at your disposal to return to you the amounts paid and to agree a reasonable claim for expenses incurred or accept the amount fixed by an Arbitration in accordance with the Contract.

14. mars 2000 sender PYMAR svar til Broström og hevder at skipsbyggingskontrakten « must be terminated before the Guarantee is invoked ». Videre henvises til Broströms brev til verftet av 20. desember 1999 om at man var meddelt at verftet ikke var i stand til å levere innen kanselleringsdato. « This means that you have run out of time to call for the Guarantee ».

Samme dag, 14. mars 2000, skriver Broström til Factorias:

First we wish to make it clear that we have not cancelled the Shipbuilding contract. If and when we wish to do so we will let you know in no uncertain terms. You are of course not at liberty to « consider » the Contract to be cancelled, merely because we do not accept to make a commitment in respect of future events

As to your offer to deliver hull 475 instead of our vessel, we have already informed you that we cannot accept such a substitution. There are several reasons for that.

17. mars 2000 innstiller Factorias sine betalinger og får rettens beskyttelse mot sine kreditorer.

I brev av 31. mars 2000 til Broström skriver Factorias at verftets tilbud om å levere søsterskipet 475 gjentatte ganger er blitt avvist, at det er absolutt umulig for verftet å levere 476 før 18. oktober 2000 og at rederiet flere ganger har opplyst at det ikke vil ta skipet etter denne dato. Under henvisning til dette skriver verftet:

..... we had to consider your attitude as a repudiation of the Contract and, in accordance with the terms of our letter dated March 10th 2000, we had cancelled the Contract from March 15th 2000.

I brevet gjentar verftet at « we are at your disposal to return to you the amounts paid and to agree a reasonable claim for expenses incurred ».

Broström svarer 3. april 2000:

« We are of the opinion that the Contract is still in force. .. Your unilateral decision of nullifying the Contract is legally without foundation.

I løpet av våren og sommeren 2000 var det forliksforhandlinger som imidlertid ikke førte frem.

7. september 2000 kansellerte Broström kontrakten. Broströms anmodning om å få tilbakebetalt forskuddsterminene ble deretter effekteuert av Factorias bank uten at Factorias grep inn.

3. Broström Tankers' anførsler

Basis for Broströms krav om erstatning er rederiets kansellering av skipsbyggingskontrakten vedrørende 476 den 7. september 2000.

Det var to uavhengige grunnlag for rederiets kansellering: For det første Factorias erklæring om at man ikke kunne levere skipet til kanselleringsdato, - det forelå med andre ord antasipert mislighold av kontrakten. For det andre Factorias egen urettmessige hevning av kontrakten i mars 2000.

Ikke plikt til å akseptere bnr. 475

Sentralt i saken står spørsmålet om Broström hadde plikt til å akseptere 475 som oppfyllelse av 476-kontrakten. Broström anfører at noen slik plikt ikke forelå.

spør Det klare rettslige utgangspunkt er at kontrakt om bygging av skip er å anse som spesie kjøp. Eldre juridisk litteratur har også vært samstemt om at kontrahering av skip ikke ga verftet noen substitusjonsrett. Det erkjennes at nyere juridisk teori har tendert bort fra en så kategorisk holdning, og at oppfatningen nå synes å være at man i tillegg til kjøpsobjektets fysiske egenskaper må vurdere flere andre forhold.

I saken her vil det være tale om følgende forhold:

erfoster om
 år for
 skym:

a) Et tilbud om substitusjon må være avgitt og ha en tilstrekkelig grad av klarhet. Ingen av verftets tilbud til Broström var konkrete nok.

Factorias synes å mene at 476 ble tilbudt til Broström to ganger i september 2000. Første gang i midten av september i Göteborg etter at verftet hadde hatt møte med AB INITIA. Andre gang i telefaks datert 27. september. Men verftets tilbud var ikke konkrete. I telefaksen sier verftet selv at det dreier seg om « an outline ». Etterfølgende diskusjoner med verftet førte ikke frem.

2. mars 2000 kommer Factorias med et tilbud som heller ikke er tilstrekkelig konkret og klart. Verftet setter en betingelse for tilbudet, nemlig at « the agreement of September 98 will apply ». September 98-avtalen som det her henvises til, var bare en tentativ ordning om forlengelse av leveringstid for 475 og 476 og bonus til verftet på USD 400.000 pr. skip. Denne tentative avtale mellom Kenneth Nilsson og Fernando Santodomingo ble imidlertid aldri akseptert av INITIA og heller ikke av Broströms styre. Bonusvilkåret hadde derfor ikke hjemmel i noen avtale. Bonusbeløpet representerte en uberettiget forutsetning i verftets tilbud.

b) Det substitutt som tilbys må i alle henseende være ekvivalent. Broström bestrider at 475 var ekvivalent til 476. Det vises bl.a. til:

Byggenummeret var forskjellig. Et byggenummer har ikke bare en funksjon for å ordne rekkefølge og bokføring, det er identifikasjonsinstrument for så vel nybygget som for materialer som ennå ikke er inkorporert.

Verken i teknisk eller kommersiell forstand var 475 ekvivalent.

Våren 1999 var det avtalt modifikasjoner for 476. Viktigst var at det skulle installeres en konvensjonell baugpropeller i stedet for det water jet-arrangement man hadde på de tidligere leverte skip. Modifikasjonen gjaldt ikke for 475.

Heller ikke kommersielt var det ekvivalens idet 475 var ferdig bygget i 1999 og samme år ble skipet i juridisk forstand levert til Rucile International Ltd. Det var utgangspunktet da Lloyd's Register i Spania bestemte skipets byggeår til 1999. Og som nevnt var det i tilbudet forutsatt at rederiet skulle betale en bonus på USD 400.000.

c) Substitusjonstilbud må være realistisk. Det tilbud Broström mottok var ikke realistisk verken i subjektiv eller objektiv henseende.

Bestiller skal ikke behøve å akseptere et tilbud dersom det er usikkert om det kan gjennomføres. Det er i denne saken dokumentert at verftet var notorisk upålitelig med hensyn til leveringstider og økonomi. I mars 2000 hadde Factorias ingen penger. Verftet hadde ikke klart å betale SEK 3 millioner for levering av rustfritt stål, som man skulle hatt allerede ved kjølstrekkingen av 476 den 20. oktober 1999. Det var derfor grunn til å tro at man heller ikke hadde et tilsvarende beløp til å ordne installasjon i 475 av baugpropeller og de andre modifikasjoner man hadde avtalt. Brunvoll som skulle levere baugpropellen hadde for øvrig også holdt denne leveransen tilbake fordi man bare hadde fått betalt 20%. Baugpropellerarbeidet og de øvrige modifikasjonsarbeider ville ta ca. 3 uker ved et velorganisert verft. Men på denne tiden var Factorias ikke et velorganisert verft. Broström hadde grunn til å betvile gjennomførbarheten.

Heller ikke kravet om objektiv realisme i tilbudet er tilfredsstillende. Verftets tilbud av 2. mars 2000 ble etterfulgt av betalingsinnstilling 17. mars 2000. Man hadde ikke penger og arbeidsstokken var delvis permittert.

d) Substitusjon må være rimelig. For Broström var det en urimelig løsning.

Broströms strategi overfor verftet var fullt legitim. Siktepunktet var å få disponere begge skip for gjennomføring av den forretningsmessige idé, dog uten å eie og finansiere mer enn ett skip, slik Broströms betingelse var helt fra starten.

I ettertid kan man mene at det ville vært ønskelig med en klausul om en rettslig kobling mellom de to byggekontrakter. Men Broström visste at alle parter var klar over forutsetningen. Det

var all grunn til stole på at INITIA ville oppfylle det som var avtalt med selskapets eier Ingmar Petersson.

475 og 476 var spesialiserte skip konstruert for rederiets nye satsning på volumtransport av syre og caustic soda. Skipene var kommersielt uegnet for transport av mer alminnelige laster. Med substitusjon ville den viktige forutsetning om to skip falle bort. Det er derfor ikke rimelig å pålegge Broström en plikt til å akseptere substitusjon, spesielt på bakgrunn av at årsaken til den oppståtte situasjon lå hos Factorias alene.

Så sent som 27. september 1999 sa Factorias at man ville være i posisjon til å levere 476 innen den maksimale tidsramme, det vil si 18. oktober 2000. Kjølstrekkingen av 476 den 20. oktober samme år med verftets innkalling av tilhørende terminbetaling på 2,8 millioner Euros, anså rederiet som en bekreftelse. Da man 6. desember 1999 fikk telefonbeskjed fra verftet om at man ikke kunne klare å levere innen fristen, fant rederiet naturlig nok grunn til å avvente den skriftlige oppfølging som verftet sa ville komme. Den kom ikke før 14. februar 2000.

PYMAR ble innkøpt ved at de fra januar 2000 fikk kopi av korrespondansen mellom Broström og Factorias. PYMAR var således underrettet om utviklingen og rederiets bekymring. Det var for øvrig et meget nært forhold mellom Factorias og PYMAR, og mellom deres ledere. PYMAR hadde for alle skipene påtatt seg kontroll med pengestrømmen. Det viste seg imidlertid etter hvert at PYMAR ikke fulgte opp denne forpliktelsen. Broström hadde grunn til å anta at verftet brukte forskuddsinnbetalingene vedrørende 476 også til annet enn dette skip.

Da det ble klart for Broström at Factorias ikke kunne klare sin leveringsforpliktelse, kallet man på garantien. Broström hadde grunn til å regne med at PYMAR kunne klare å ferdigstille 476 ved Factorias eller andre verft og at garantiens maksimumsbeløp ikke ville forhindre dette. PYMAR inntok urettmessig det standpunkt at garantiavtalen forutsatte at byggekontrakten måtte kanselleres før PYMAR hadde forpliktelser under garantien. Broström kunne kreve ferdigstillelse fra PYMAR uten slik forhåndskansellering.

Sammenfatningsvis er det Broströms syn at Factorias aldri hadde substitusjonsrett og at rederiet ikke hadde noen plikt til å akseptere substitusjon.

Eventuell substitusjonsrett er bortfalt ved etterfølgende forhold

Broström gjør subsidiært gjeldende at substitusjonsretten må anses tapt ved etterfølgende forhold.

- a) Substitusjonsretten, om den fantes, ble ikke benyttet tidsnok. Retten skulle i tilfelle ha vært benyttet i september eller oktober 1999 etter at INITIA var ute av bildet. Da kom det imidlertid ikke noe tilstrekkelig klart utspill fra verftet. Og i mars 2000 var retten i alle fall tapt ved passivitet etter analogi fra kjøpsloven.
- b) Substitusjonsretten ble tapt i forbindelse med kjølstrekking av 476 og betalingen av tilhørende forskuddsinnbetaling. I brevet av 27. september 1999 sa verftet blant annet at man ville fortsette å bygge 476 inntil partene hadde kommet overens om noe annet. Dette må bety at Factorias valgte å fortsette byggingen av 476 og at man avsto fra å anvende substitusjon.
- c) Substitusjonsretten falt bort ved verftets overdragelse av 475 til Rucile International Limited i september 1999.
- d) Substitusjonsretten falt bort ved verftets brudd på den lojalitetsplikt det hadde overfor Broström som kontraktspart. Verftet kunne allerede i september 1999 forutse at innstilling av betalinger ville bli aktuelt før eller senere. Verftet måtte forstå at man ikke kunne bygge 476. Like fullt sendte verftet brevet datert 27. september 1999 til rederiet med krav om forskuddstermin for kjølstrekking.
- e) Substitusjonsretten må anses tapt fordi alle innbetalte forskudd til verftet ble tilbakebetalt. Verftet kunne ha stoppet bankens tilbakebetaling ved å bringe saken inn for voldgift, men unnlot å gjøre dette.

- f) Substitusjonsretten må anses oppgitt av verftet ved dets brev av 10. og 31. mars 2000 der man konstaterte kansellering og aksepterte å betale tilbake innbetalte forskudd og « a reasonable claim for expenses incurred » til rederiet. Brevene er ikke forenlige med Factorias anførsel nå om at Broström på det tidspunkt hadde misligholdt sin plikt til akseptere substitusjon. En substitusjon ville ha gitt verftet krav på sluttoppgjør etter 476-kontrakten, noe verftet ikke krevet. Verftet kan følgelig ikke senere med rette opprettholde påstanden om Broströms plikt til å akseptere substitusjon. Det rederiet har krevet i nærværende sak er den negative kontraktsinteresse som Factorias tilbød i de nevnte brev.
- g) Det er i saken dokumentert korrespondanse mellom partene som viser at Factorias våren 2000 forsøkte å avslutte kontraktsforholdet ved å si at man « vil betrakte » kontrakten som hevet fra Broströms side. Denne oppfatning eller handling var helt uten rettslig grunnlag, og ble bestemt avvist av rederiet.

I følge byggekontrakten hadde verftet ikke noen hevningsrett. Det verftet våren 2000 eventuelt kunne ha gjort, var å tilby 475 som substitutt for 476, og hvis Broström vegret seg, å la uenigheten bli avgjort ved voldgift. Men det gjorde verftet ikke.

Om forholdet til PYMAR

I følge verftet har Broström bevisst ventet lenge med å kalle på PYMAR-garantien. Verftet har imidlertid ikke klarlagt hva dette har med saken å gjøre.

Broström ventet med å påkalle garantien inntil det var sterke grunner til å anta at verftet ikke ville levere eller ikke selv kunne klare å få 476 ferdig. Rederiet måtte kunne regne med at PYMAR ville ordne ferdigstilling av 476.

Factorias valgte selv disposisjoner som etter hvert satte verftet ute av stand til å gjennomføre byggingen. Men PYMAR kunne ha grepet inn om de hadde villet.

Etter at rederiet hadde påkalt PYMAR-garantien skjedde ingen ting, før PYMAR etter lang tid svarte med å si at « you have run out of time » under henvisning til en oversittet frist og at garantiavtalen krevde at Broström måtte heve skipsbyggingskontrakten for garantien kunne gjøres gjeldende. Ingen av delene er imidlertid hjemlet i avtalen med PYMAR.

Generelt om Broströms tapsberegning

Det erkjennes at Broström etter § 70 i kjøpsloven hadde plikt til å begrense sitt tap. Men denne plikt er ikke ubegrenset. Tiltakene må fremstå som rimelige ut fra kjøperens situasjon. Rederiet har ikke misligholdt sin plikt.

Hovedregelen ved spesie kjøp er at det ikke er noen plikt til å gjøre dekningskjøp. Denne regel er alene nok til at verftets anførsel om rederiets plikt til å overta 475, må avvises.

Kravet til rimelighet med hensyn til tapsbegrensingstiltak tilsier at Broström ikke var pliktig til å akseptere substitusjon fordi dette ville medføre at rederiets to-skipskonsept ikke kunne la seg gjennomføre.

Våren og sommeren 2000 forhandlet partene med sikte på en ordning. I den perioden var det ikke formålstjenelig at Broström kansellerte idet dette ville hatt konsekvenser for verftssubsidiene. Og da forhandlingene ikke lyktes og Broström kansellerte 7. september 2000, fantes ikke 475 lenger som noe substitutt fordi skipet nå var solgt til andre.

Verftet hevder at Broström ved beregning av sitt tap må tåle fradrag for den fordel det var å komme ut av 476-kontrakten. Til dette anføres for det første at det er begrenset hjemmel i norsk rett til å kreve slikt fradrag. For det annet bestrides at 476-kontrakten isolert sett var tapsbringende, - det vises her til parts- og vitneforklaringene. Bevisbyrden er hos verftet som ikke på noen måte har oppfylt denne.

De enkelte tapsposter

Factorias har kun reist innvendinger mot tre tapsposter. Broström begrenser seg derfor til å begrunne disse tapsposter:

Ad: Valutaopsjon SEK 9.445.837

475- og 476-kontraktene var begge i pesetas, i motsetning til de to tidligere kontrakter som var i USD. Det var Factorias som ville ha det slik. Broströms forretningsvirksomhet er i det alt vesentlige knyttet til USD. Rederiet aksepterte pesetaskontrakt, men ønsket å sikre seg mot USD i tråd med sin vanlige praksis. Det burde verftet ha forstått idet temaet ble diskutert i detalj mellom partenes meglere. Kurssikringen ble gjort ved rederiets valutaopsjonsavtale med Nordbanken 20. januar 1998 til en pris av USD 1.167.450 tilsvarende SEK 9.445.837. Beløpets størrelse er i seg selv ikke bestridt av verftet.

Broström tilbakeviser verftets anførsel om at kostnaden er en ren kommersiell vurdering fra rederiets side uavhengig av kontrakten. Saken dreier seg om mislighold av kontrakten fra verftets side og kontrakten hjemler da erstatning for « loss and damages incurred ». Det foreligger en klar kopling til misligholdet.

Ad: Tilsyn/inspeksjonskostnader ved verftet SEK 2.224.665.

Det var Ferm International Ship Management AB som i henhold til avtale med Broström hadde hånd om teknisk prosjektering og tilsyn/overvåkning ved verftet for alle de fire skip, således også for 476. Ferm, som er et datterselskap av Broström, hadde skriftlig kontrakt med INITIA vedrørende 475, og i forholdet mellom Ferm og Broström ble samme vilkår lagt til grunn bortsett fra at det faste månedlige honoraret til Ferm var SEK 50.000. Factorias har ikke bestridt at Broström har betalt fakturaene fra Ferm i perioden januar 1998 til juni 2000 og i avviklingsperioden som fulgte. Verftet har imidlertid gjort gjeldende at dette var en unødvendig lang tid og at Fermes fakturaer fra august, september og oktober 2000 ikke er akseptable. Rederiet tilbakeviser denne innsigelse under henvisning til at Fermes arbeide var nødvendig og at rederiet hadde en rettslig forpliktelse til å oppfylle avtalen med Ferm.

Ad: Vekslingskap SEK 335.199

Bakgrunnen for dette tapet er at rederiets forskuddsinnbetalinger i pesetas ble tilbakebetalt i pesetas. Når man ser bort fra renter, fikk rederiet et tap på grunn av vekslingskurs. Tapet har klar sammenheng med misligholdet av kontrakten.

Som det fremgår av rederiets påstand kreves også rente av erstatningsbeløpet. Ved utformingen av påstanden er tatt hensyn til at visse kostnader har forfalt til betaling etter hevningen den 7. september 2000.

Factorias mot søksmål

Rederiet bestrider verftets motkrav som bygger på at rederiet var forpliktet til å akseptere 475 som substitutt, med levering 18. april 2000. Rederiet hadde ingen slik plikt, jf. anførselene ovenfor i hovedsøksmålet. Verftet har ikke bevist at det har hatt noe tap. 475 ble i oktober 1999 solgt til Rucile International Ltd. I mangel av opplysninger må det legges til grunn at skipet på det tidspunkt teknisk sett ble betalt. Et eventuelt tap har rammet Rucile. Det har iallfall ikke rammet Factorias. Kravet kan ikke gjøres gjeldende av verftet. Men det er heller ikke påvist at Rucile har hatt noe tap. Rucile solgte skipet videre til italienske kjøpere i august 2000. Denne salgskontrakten er ikke fremlagt, og man vet derfor intet om pris og salgsvilkår for øvrig.

Broström har for voldgiftsretten nedlagt slik påstand:

1. Factorias forpliktes att till Broström betala SEK 14.901.805 jämte ränta enligt räntesats fastställd enligt 3 § loven om renter ved forsinket betaling på SEK 14.536.167 från den 7 september 2000 till den 10 oktober 2000, på SEK 14.618.231 från den 11 oktober 2000 till

den 31 oktober 2000, på SEK 14.834.367 från den 1 november 2000 till den 7 november 2000, på SEK 14.878.183 från den 8 november 2000 till den 13 december 2000 och på SEK 14.901.805 från den 14 december 2000, till dess full betalning sker.

2. Factorias förpliktas att ersätta Broströms kostnader för skiljeförfarandet med ett belopp som kommer att anges senare.
3. Factorias förpliktas att ensamt svara för skiljenämndens kostnader.

3. Factorias anförslar

Saken dreier seg i hovedsak om to spørsmål:

- 1) Var Broström forpliktet til å akseptere 475 som kontraktsmessig oppfyllelse under byggekontrakten for 476?
- 2) Har Broström oppfylt plikten til å begrense sitt tap med rimelige forholdsregler?

Det saken *ikke* dreier seg om, er hva som var årsak til forsinkelsene ved verftet. Verftet erkjenner at Broström ville hatt rett til å kansellere på grunn av forsinkelser, dersom verftet ikke hadde vært i den situasjon at man kunne tilby 475.

Heller ikke dreier saken seg om de mange spekulasjoner som er trukket frem i saken. Disse er dels irrelevante forhold og dels udokumenterte.

Opprinnelig var det to kontrakter, 475 og 476, og to bestillere, INITIA og Broström. Etter INITIAs uttreden i september 1999 sto man igjen med en kontrakt og en part. Det er i dette gjenværende kontraktsforhold voldgiftsretten skal avgjøre om det er avgitt noe gyldig tilbud om substitusjon til Broström.

Substitusjonsrett

Factorias gjør prinsipielt gjeldende at det ble fremsatt et tilbud om levering av 475 som oppfyllelse av 476-kontrakten. Broström var forpliktet til å akseptere dette.

Verftet bestrider ikke at det rettslige utgangspunkt er at bestiller har krav på å få levert det avtalte og spesielt tilvirkede skip med angitt byggenummer. I denne saken kommer imidlertid hovedregelen ikke til anvendelse. Juridisk teori åpner for ombytning når det dreier seg om identiske skip. Etter analogi fra kjøpsloven foreligger under slike omstendigheter en plikt for bestiller til å akseptere tilbud om substitusjon selv om substituttet ikke har samme byggenummer.

Det må legges til grunn at 475 og 476 var helt identiske skip, eller kunne ha blitt det innen leveringsfristen, og at tilbudet til Broström om levering av 475 i stedet for 476 var tilstrekkelig klart.

Da Factorias fremsatte forslag 27. september 1999 om levering av 475 som 476, var det for å prøve å finne en løsning på rederiets to-skips problem. På det tidspunkt hadde imidlertid ikke verftet rett til å kreve at rederiet måtte akseptere 475 som substitutt og som oppfyllelse av kontrakten. Leveringsdato for 476 lå ennå langt frem i tid, og verftet hadde da ikke noe annet valg enn å fortsette byggingen av 476 når rederiet avsto forslaget til løsning.

Fra september 1999 var det stadige diskusjoner med Broström om man kunne bytte om 475 og 476. Forhandlingene brøt sammen fordi Broström ikke var interessert i å få levert noen av disse skipene.

Avgjørende for spørsmålet om rederiets plikt til å akseptere substitusjon, er telefaks fra verftet til rederiet 2. mars 2000. Her summerer verftet opp status og kommer med et klart tilbud til rederiet om å ta 475 nå, det vil si innen 18. april 2000 som var den avtalte leveringstid for 476, eller 476 med levering en gang etter 18. oktober 2000 « at a time to be agreed ».

På dette tidspunkt var situasjonen blitt en annen. Det var først nå verftet kunne komme med et slikt tilbud om 475 som substitutt. Broström, som i sin fax av 22. februar 2000 klart hadde sagt at de ikke ville akseptere levering av 476 etter kanselleringsdatoen 18. oktober 2000, hadde nå plikt til å vurdere verftets tilbud, undersøke det nærmere hvis det var uklarheter, og å ta standpunkt til tilbudet. Men rederiet vegret seg. Da var verftet nødt til å interpellere: Vil dere eller vil dere ikke akseptere levering av 476 etter 18. oktober 2000. Broström ville imidlertid fortsatt ikke ta standpunkt. Man ville i stedet tvinge verftet til å bygge videre med store investeringer uten avklaring. Dette er ingen lojal opptreden av rederiet.

Først under prosedyren for voldgiftsretten har rederiet påberopt seg at verftets tilbud av 2. mars 2000 inneholdt en forutsetning om at avtalen av september 1998 skulle gjelde. Denne avtalen mellom Nilsson og Santodomingo, som aldri ble godkjent av styrene i INITIA og Broström, inneholdt for 476 blant annet en bonusordning for verftet. Det er ikke grunn til å tro at ikke bonusspørsmålet ville blitt løst om man lojalt hadde satt seg ned for å ordne saken i mars 2000. Når verftets henvisning til september 1998-avtalen overhodet ikke har vært nevnt eller påberopt tidligere, indikerer det at Broström mente at dette var uten betydning.

Det var ikke adgang for Broström til å avslå tilbudet av 2. mars 2000 under henvisning til usikkerhet om verftet innen 18. april 2000 ville ha klart å bygge om 475, det vil si ordne med installasjon av konvensjonell baugpropeller og av separator. 475 var et ferdig bygget skip som ikke hadde vært i bruk men ligget usolgt ved verftet ca. et halvt år. At Factorias datterselskap formelt var eier av 475 utgjorde intet problem med hensyn til subsidier. Broström hadde kallet på PYMAR-garantien. Det må være klart at verftet og PYMAR under de foreliggende omstendigheter ville ha stillet de nødvendige midler til disposisjon for å få til levering innen 18. april 2000. Levering av 475 ville ha utløst innbetaling av betydelige midler.

Broström har anført at verftet aldri fremsatte noe konkret tilbud som kunne aksepteres av rederiet. De uavklarte forhold det vises til, gir uttrykk for en formalistisk kontraktsrett. Et tilbud om å ta 475 forutsatte jo at partene måtte sette seg ned og avklare noen detaljer.

Levering av 475 som substitutt for 476 ville vært en meget fin løsning for Factorias. Det ville også vært en god løsning for Broström som etter INITIAs uttreden i september/oktober 1999 bare hadde ett sikkert skip.

Heller ingen av Broströms øvrige innvendinger mot å ta 475 i stedet for 476 er holdbare:

Det er ikke bestridt at skipene teknisk sett var identiske bortsett fra baugpropeller og separator. Tegningene var utarbeidet av det samme firma, Skipskonsulent AS, og var identiske for de to skip. Kontraktene var også like. Så vel INITIA som Broström benyttet som sine tekniske inspektører i byggeperioden et selskap i Broströmgruppen, Broström Ship Management AB (tidligere Ferm International Ship Management AB). De tekniske spørsmål med inspeksjon av 475 inntil levering til Broström kunne vært løst. Det ville naturligvis blitt ordnet med « shining up » av skipet og ny prøvetur.

475 ble bygget til DnV klasse, og skipet seiler fortsatt med DnV-sertifikat i dag. DnV har bekreftet at byggeår/måned er november 2000. Verftet bestrider Broströms anførsel om at byggeår er 1999.

Forskjellig byggenummer kan ikke være avgjørende. Byggenummeret trenges for identifikasjon av deler og materialer, og har med sikkerhetsstillelse å gjøre. Men i forhold til kontraktsmessig oppfyllelse, spiller det ingen rolle.

Det var intet problem for verftet å installere baugpropeller på 475 så den ble identisk med 476. Baugpropelleren lå klar til levering hos Brunvoll. Installasjon krevet dokksetting av skipet, men heller ikke det var noe problem. Dokk var tilgjengelig i området. Ombyggingen med installasjon ville ta 2-3 uker, og det var seks uker igjen til leveringsdato. Separatoren var en langt mindre sak, og dette arbeidet kunne gjøres parallelt med installasjon av baugpropelleren. Rederiets anførsel om at verftet ikke kunne klare dette på grunn av tiden og pengemangel rimer dårlig med rederiets fax 14. mars 2000 med påstand om at verftet « should be perfectly capable of delivering » 476 før 18. oktober 2000. Men selv uten disse modifikasjonsarbeidene hevder verftet at 475 var tilstrekkelig ekvivalent til at rederiet hadde plikt til å akseptere det som kontraktsmessig substitutt.

Det må etter dette legges til grunn at 475 var ekvivalent med 476 og at verftets tilbud 2. mars 2000 representerte kontraktsmessig oppfyllelse. Broström hadde plikt til å velge, og plikt til å ta 475. 1

Selgers rett til å foreta omlevering når dette kan skje uten vesentlig ulempe for kjøperen, fremgår av kjøpsloven § 36. Vesentlig ulempe for Broström forelå ikke. For Factorias var det på den annen side helt urimelig om Broström sa nei til ombytning. 2

Selv om Broström var kommet i en vanskelig situasjon fordi det fra september 1999 bare var kontrakt om levering av ett skip, var situasjonen et faktum som rederiet måtte forholde seg til. Ved å akseptere 475 som substitutt kunne Broström fått nøyaktig det man hadde kontrahert og til avtalt tid 18. april 2000. Det er da meningsløst om Broström kan si nei og nå frem med sitt erstatningskrav. 3

Det er mulig at det var vesentlig for Broström å få levert to skip. Men da kontraktene ble inngått, var det ingen juridisk binding mellom kontraktene. Broström hadde heller ikke noe grunnlag verken overfor verftet eller overfor INITIA til å kreve 475 levert for gjennomføring av rederiets planlagte forretningsidé. Det var intet om toskipskonseptet verken i korrespondansen høsten 1999, i rederiets kanselleringserklæring i september 2000 eller i rederiets Request for Arbitration. Rederiets påberopelse av dette kom først i dets prosesskrift datert 9. april 2001.

Broström kunne ikke regne med som sikkert at de kunne få 475. Broström håpet nok på at man etter september 1999 kunne få kjøpt 475 billig og at man gjennom kansellering av 476 også kunne få dette skipet billig. Men å miste muligheten til å gamble på denne måten, er ikke en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Rederiets plikt til å begrense tapet

Factorias gjør subsidiært gjeldende at Broströms erstatningskrav må avvises fordi rederiet ikke ville hatt noe tap dersom man hadde akseptert 475.

Akseptering av 475 som substitutt ville ikke medført vesentlig ulempe for Broström.

Skadelidte har en plikt til å handle aktivt for å begrense sitt tap. Plikten til å begrense skaden, er strengere enn plikten til å akseptere substitusjon.

Det er mulig at tilbudet om 475 ikke var konkret nok i relasjon til substitusjonsretten, men tilbudet var iallfall tilstrekkelig til å utløse en plikt for rederiet til å følge opp når det gjaldt tapsbegrensning. Hadde rederiet gjort det, ville man ha oppdaget at baugpropeller og separator kunne bli ordnet, eventuelt ved PYMARs hjelp. Ved ikke å undersøke tilbudet fra 2. mars 1999 nærmere, misligholdt rederiet sin handlingsplikt og kan da ikke ha krav på erstatning.

Selv om Broström hadde betalt det omtalte bonusbeløp på USD 400.000, ville rederiet ha redusert sitt tap ved å overta 475.

Forklaringene fra Broströms representanter om situasjonen pr. 2. mars 1999 viser at rederiet måtte være klar over at verftet ikke hadde mulighet til å levere 476 i tide og at det forelå antesipert mislighold.

Etterfølgende forhold

Factorias har ikke erkjent erstatningsplikt slik Broström hevder. Det foreligger ingen erkjennelse som hindrer verftet i å ta til motmæle når rederiet kommer med et krav på SEK 15 millioner.

Det ligger ingen erkjennelse i at rederiet fikk tilbakebetalt det man hadde betalt for 476. Tilbakebetalingen skjedde fra banken som hadde en selvstendig betalingsplikt under garantien

Det er ikke grunnlag for å hevde at verftets konstatering av kansellering medio mars 2000 representerte oppgivelse av verftets rett til å levere 475 som substitutt.

Det bestrides at substitusjonsretten ble tapt ved passivitet i september 1999. På det tidspunkt kunne ikke verftet gjøre en slik rett gjeldende. Det var jo lenge før leveringstid for 476. Og den gang mente både rederiet og verftet at 476 kunne bli levert i tide.

Med samme begrunnelse bestrider verftet også at substitusjonsretten skulle ha gått tapt da man foretok kjølstrekking av 476 den 20. oktober 1999. Heller ikke på dette tidspunkt hadde verftet foranledning til å tilby 475 som substitutt.

Broström ønsket ikke å ta standpunkt til verftets forskjellige utspill. Derfor ble rederiet unnvikende og avventende i forholdet til PYMAR, som bare fikk kopi av korrespondansen. Rederiet hadde ingen direkte kontakt med PYMAR mellom 20. desember 1999 og frem til 7. mars 2000 da man kallet på garantien. Hvis rederiet virkelig hadde ønsket 476 levert, ville det eneste naturlige vært å ta kontakt med PYMAR og kalle på garantien da man fikk beskjeden fra verftet 6. desember om at man ikke så seg i stand til å levere innen kanselleringsfristen. Rederiet ventet i mer enn tre måneder, og ble da rammet av garantiens vilkår om at garantikrav må gjøres gjeldende innen 30 dager. Broströms passivitet her må få betydning også når det gjelder plikten til å begrense tapet. Det var bare Broström som kunne kalle på PYMAR-garantien.

Broströms tapsberegning

Verftet gjør gjeldende at Broströms erstatningskrav må reduseres tilsvarende den fordel rederiet hadde av ikke å måtte oppfylle en ulønnsom byggekontrakt. Brevet fra rederiet til verftet 7. mars 2000 viser at markedsprisen på dette tidspunkt var lavere enn kontraktsprisen. Det fremgikk også av Killengrens vitneforklaring under hovedforhandlingen, og av de under saksforberedelsen fremlagte opplysninger om verdien av tilsvarende skip. Voldgiftsretten må på basis av de opplysninger som foreligger foreta en skjønnsmessig reduksjon av kravet.

Under henvisning til dette, og forutsatt at Broström får medhold i at det foreligger et grunnlag for å holde Factorias erstatningsansvarlig, har verftet ikke innvendinger mot de poster som utgjør rederiets tapsberegning, med unntak av følgende:

a) Valutaopsjonen SEK 9.445.837

Factorias bestrider ikke beløpets størrelse i seg selv, men anfører at det var en kommersiell beslutning av rederiet å sikre seg mot kursendringer mellom pesetas og USD. Valutasikringen ble gjort flere måneder etter inngåelse av kontrakten. Da hadde rederiet for det første fått en gunstig pesetaskontrakt med verftet, og vekslingskursen frem til januar 1998, da valutaen ble sikret, hadde utviklet seg gunstig for rederiet. Valutaopsjonen ble likevel kjøpt. Kostnaden er verftet uvedkommende.

b) Inspeksjonskostnader ved verftet SEK 2.224.665

Broströms krav er helt urimelig høyt og må reduseres skjønnsmessig av voldgiftsretten. Det kan ikke være grunnlag for å kreve månedlig management fee på SEK 50.000 så tidlig som fra 1. januar 1998 for et skip som ble kjølstрукket i oktober 1999. Kravet må vurderes i lys av at det allerede eksisterte en avtale mellom Broströms datterselskap Ferm og INITIA for 475 som hadde samme tegninger og spesifikasjoner som 476. Broström skulle også ha sagt opp sin avtale med Ferm tidligere enn mai 2000. Det er særlig grunn for verftet til å bestride de tre siste poster i Broströms krav som refererer seg til fakturaer fra Ferm 29. august, 26. september og 24. oktober 2000.

Rederiets krav bør iallfall reduseres med SEK 600.000 som utgjør management fee i 12 måneder. Verftet bestrider ikke at Broström har betalt de fakturaer fra Ferm som kravet bygger på.

c) Vekslingskap SEK 335.199

Broströms forskuddsinnbetalinger til verftet var i pesetas, overensstemmende med kontrakten. Tilbakebetalingen til rederiet, med tillegg av kontraktsmessig rente, var også i pesetas. Factorias bestrider ikke beløpet i seg selv, men differanse i vekslingskursen til SEK er verftet

uvedkommende. Verftet avviser derfor kravet.

Motsøksmålet

Grunnlaget for motsøksmålet fra Factorias er at Broström unnlot å akseptere 475 som kontraktsmessig oppfyllelse av byggekontrakten. Hadde Broström oppfylt sin plikt til å akseptere 475, skulle verftet fått oppgjør ved levering 18. april 2000. Det fikk verftet ikke. Mislighold av betaling er regulert i kontraktens Art. IV Clause 5 paragraph one. Verftets krav ESP 120.701.596 er det rentetap som oppsto ved at verftet først fikk betaling for 475 da skipet ble levert til italienske kjøpere i november 2000. Kravene i SEK og NOK gjelder renter av Modifications and extra works som skulle ha vært betalt av Broström 18. april 2000. Rentesatsen på Libor + 1 1/2% er ikke bestridt.

Rederiets nye anførsel under prosedyren på hovedforhandlingens siste dag om at Factorias ikke hadde noe tap fordi 475 i oktober 1999 ble overdratt til Rucile International Ltd., tilbakevises av verftet under henvisning til at Rucile som et heleiet datterselskap åpenbart må bli å identifisere med verftet.

Det må legges til grunn at Factorias hadde et stort tap på 475. Ca. 28,5 millioner Euros ble til slutt betalt av de italienske kjøpere som overtok skipet i november 2000. Differansen mellom dette beløp og byggekontraktbeløpet har imidlertid verftet ikke krevet erstatning for.

Factorias har for voldgiftsretten nedlagt slik påstand:

1. Factorias Vulcano SA frifinnes for saksøkers krav.
2. Broström Tankers AB dømmes til å betale til Factorias Vulcano SA et beløp inntil ESP 120,701,596, samt inntil SEK 2,725 og inntil NOK 789, alle beløp med tillegg av lovens rente fra 13. november 2000 og frem til betaling skjer.
3. Broström Tankers AB dømmes til å betale sakens omkostninger, herunder omkostningene til voldgiftsrettens medlemmer.

4. Voldgiftsrettens syn

Broströms grunnlag for erstatningskravet er Factorias forsinkelse med byggingen av 476 og rederiets kansellering av byggekontrakten.

Factorias erkjente ved hovedforhandlingens begynnelse at det bare var forhold på verftets side som forårsaket forsinkelsen med 476, og at Broström ville hatt rett til å kansellere byggekontrakten, dersom det ikke hadde vært for verftets tilbud om 475 som kontraktsmessig oppfyllelse av byggekontrakten for 476. Voldgiftsretten legger derfor til grunn at erstatningsgrunnlag er tilstede dersom Factorias ikke får medhold i sine anførsler om substitusjonsrett og Broströms mislighold av plikten til å begrense tapet.

Voldgiftsretten har i synet på disse spørsmål delt seg i et flertall bestående av Vefling og Hjort og et mindretall bestående av Bull.

Flertallet, Vefling og Hjort, peker innledningsvis på at Factorias for å nå frem med sin anførsel om substitusjonsrett, må vise både at det forelå en substitusjonsrett og at verftet overfor rederiet på tilstrekkelig tydelig måte har påberopt seg denne rett. Flertallet finner det hensiktsmessig først å behandle dette siste spørsmål.

Ved heving av avtaler gjelder et alminnelig krav om at melding om dette må gis til den annen part. Det betyr at man må avgi en rettslig bindende erklæring som gir mottaker forståelse av at avgiver ønsker å påberope seg en rettighet, en rett til å heve. Den som ønsker å heve, må med andre ord kreve dette, jf. kjøpsloven § 22 (1) om at kjøperen ved forsinkelse kan « kreve oppfyllelse, heving og erstatning... ». Ved slik hevningserklæring klargjøres for motparten at han fristas for sin plikt til å erlegge motytelsen.

Skipsbyggingsforhold er særegent fordi det her meget sjelden forekommer at et annet byggenummer blir aktuelt som substituttoppfyllelse av byggekontrakten.

Det vil også for partene i utgangspunktet fremstå som tvilsomt om substitusjon overhodet har hjemmel. Rettspraksis om slike forhold foreligger så vidt vites ikke. En erklæring fra verftet om at en substitusjonsrett faktisk påberopes som en rettighet, vil derfor være særlig nødvendig for å hindre uvisshet og misforståelser hos rederiet om verftets standpunkt. Erklæringen har betydning også fordi den tilkjenner at verftet ikke senere kan velge å skifte standpunkt uten at det har rettsvirkninger.

Factorias har selv gitt uttrykk for at de forslag/tilbud som ble fremsatt i september 1999 ikke var tilbud bygget på en substitusjonsrett. På det tidspunkt var det fortsatt et halvt år igjen til leveringsdato, og verftet hadde da ikke annen mulighet enn å fortsette byggingen av 476. Voldgiftsretten er enig i dette.

Verftets telefaks/brev av 2. mars 2000 til rederiet må anses som det avgjørende dokument når det gjelder spørsmålet om substitusjonsretten ble erklært. Da verftet skrev dette brevet, var situasjonen at rederiet i brev av 24. januar 2000 hadde beskyldt verftet for « deliberately avoiding your duty to fulfil your contractual obligations » og meddelt at dette åpnet for erstatningskrav som « undoubtedly (will) represent a very substantial sum and exceed the 20 per cent limit set out in the contract ». Videre hadde rederiet i brev av 22. februar 2000 gitt klart uttrykk for at man ikke var innstillet på å akseptere levering av skipet etter kanselleringsdatoen 18. oktober 2000, og man anslo erstatningskravet overfor verftet å være « in excess of USD 5.000.000 ». Verftet var med andre ord stillet overfor et betydelig erstatningskrav basert på kansellering av 476-kontrakten som følge av forsinkelser forårsaket av verftet.

Flertallet tar som rettslig utgangspunkt at en selger som ønsker å levere substitutt for bestilt vare, må avgi en bindende erklæring om dette for at kjøper ikke skal utsettes for usikkerhet med hensyn til plikten til å prestere sin motytelse. Hensynet til kjøper i en omleveringssituasjon tilsier anvendelse av prinsippet i kjøpsloven om at heving av kontrakt må påberopes ved avgivelse av en dispositiv erklæring. Flertallet er kommet til at verftet aldri fremsatte noen erklæring til rederiet med påberopelse av en rett til å levere 475 som substitutt for 476.

I vår sak var en erklæring fra verftet om hva man påberopte seg av rettigheter også viktig hensett til at verftet og rederiet hadde vært i forhandlinger der begge forsøkte å oppnå en for seg best mulig løsning.

Verftets brev til rederiet 2. mars 2000 bruker ordene « ...we offer you to take the sister Vessel fulfilling in that manner our contract... ». I neste avsnitt heter det: « we must repeat that we offer the Vessel 475 for delivery now or the Vessel 476 for delivery after October 18th at a time to be agreed upon ».

Flertallet finner at verftet med ordvalget ikke tilkjenner på tilstrekkelig tydelig måte at man krever rett til å levere 475 som kontraktsmessig oppfyllelse.

Utydeligheten forsterkes ved at verftet i september 1999 og under de senere forhandlinger ut over høsten flere ganger hadde tilbudt rederiet å ta 475 istedenfor 476. De tidligere tilbudene var det åpenbart fritt for rederiet å akseptere eller ikke akseptere. At denne frihet for rederiet ikke lenger var til stede, kom etter flertallets mening ikke frem i verftets brev av 2. mars 2000.

Flertallet legger vekt på at Factorias tilbud om levering av 475 i brevet av 2. mars ikke nevner at det for 476 var avtalt at det skulle installeres konvensjonell baugpropeller og en annen type bilge water separator. Brevet må leses som om 475 forutsettes levert uten endringer. Kostnadene for å foreta disse installasjonene i 475 er partene enige om ville være ca. USD 2,9 millioner. Det er ikke opplyst og kan ikke legges til grunn at verftet på noe tidspunkt tilbød ombygging for verftets regning slik at skipene kunne bli teknisk like.

Brevet henviser også til « the agreement of September 98 » som forutsettes anvendt. Flertallet legger til grunn at denne avtalen som ville gitt verftet krav på en bonus på USD 400.000, aldri trådte i kraft. Verftet forutsatte således uberettiget betaling av USD 400.000 ved levering av 475.

Det tilbudte skip 475 var således etter flertallets mening verken teknisk eller kommersielt likeverdig med 476. Et viktig vilkår for etablering av substitusjonsrett var følgelig ikke oppfylt. Men i tillegg utgjør denne forskjell et viktig fortolkningsmoment ved vurderingen av om brevet av 2. mars kunne oppfattes som påberopelse av en substitusjonsrett. Flertallet finner at det ikke var rimelig å forvente at Broström forsto brevet slik når tilbudet heller ikke tilfredsstillt kravet om ekvivalens.

Det er mulig at forhandlinger kunne ha fått Factorias til å justere tilbudet slik at det ble ekvivalent, men Broström hadde etter flertallets mening ingen plikt til å ta initiativ til slike forhandlinger. Det måtte være opp til verftet å sørge for ekvivalens mellom 475 og 476. Uten likeverdighet oppstår ingen substitusjonsrett. Og man kan ikke forlange at Broström skulle ha satt seg i den forhandlingsmessig vanskelige situasjon først å erkjenne at substitusjonsrett forelå for deretter å forhandle prisen ned og endringsarbeider utført på verftets regning.

Etter bevisførselen i saken finner flertallet at verftet ikke på noe tidspunkt tilbød substitusjonsleveranse på teknisk/kommersiell like vilkår. Dermed befant verftet seg fortsatt på forhandlingsstadiet uten å ha påberopt seg substitusjonsrett.

Brevet av 2. mars 2000 besvarte Broström med telefaks datert 7. mars 2000: « We have noted your offer to deliver your hull 475 to us. We naturally view that offer as a commercial transaction different from the contract made between yourselves and us. We are not prepared. » Rederiets formulering i annen setning om at man « naturligvis » anser tilbudet som en kommersiell transaksjon uavhengig av 476-kontrakten, måtte etter flertallets mening gi verftet oppfordring til å klargjøre sitt brev av 2. mars ved å si at det nå eksisterte en substitusjonsrett som man påberopte seg og at man krevet å levere 475 som substitutt. Noen slik presisering fra verftet kom ikke, - verftets brev av 10. og 31. mars 2000 inneholder intet om at man krevet å få levere 475.

Den ovenfor siterte setning « We are not prepared to accept hull 475 as proper performance under our contract with you » viser etter flertallets mening at Broström ikke oppfattet situasjonen slik at Factorias hadde substitusjonsrett eller pretenderte å ha det.

Verftet ga i brevet av 2. mars rederiet et valg mellom to alternativ. Også det skapte en uklarhet omkring brevetts meningsinnhold. Det annet alternativ som ble tilbudt rederiet var å akseptere levering av 476 etter 18. oktober 2000 til en tid som partene eventuelt måtte fastsette i senere avtale. Verftet hadde ikke hjemmel for å kreve at rederiet måtte godta en leveringsutsettelse, og heller ikke var det hjemmel for å avkreve noe svar på dette, og alternativet om levering av 476 etter 18. oktober 2000 må således anses som et tilbud som rederi et kunne akseptere eller la være å akseptere. Dette styrker etter flertallets mening inntrykket av at verftet heller ikke fremsatte noe krav om levering av 475 som substitutt.

Den manglende oppfølging av en substitusjonsrett etter Broströms fax av 7. mars må sammenholdes med verftets erklæring i brevene av 10. og 31. mars om at « we are at your disposal to return to you the amounts paid and to agree a reasonable claim for expenses incurred or accept the amount fixed by an Arbitration in accordance with the provisions of the Contract ». Levering av 475 som substitutt ville ha utløst et betalingskrav for de resterende terminer under 476-kontrakten. Hvis verftet fortsatt mente å ha rett til å levere 475, var det meningsløst å tilby tilbakebetaling.

Flertallets konklusjon er som nevnt ovenfor at verftet aldri fremsatte noen erklæring til rederiet om at man påberopte seg rett til å levere 475 som substitutt for 476.

Når det gjelder skadelidtes plikt til å begrense tapet viser flertallet innledningsvis til Skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2 og kjøpsloven § 70 (1). Plikten er begrenset ved at tiltakene må være rimelige.

Factorias har anført at Broström skulle ha akseptert verftets tilbud om levering av 475, fordi man da ville ha unngått det tap som nå kreves erstattet. Rederiet ville fått det skip man hadde bestilt og til rett tid.

Det er ikke anført fra noen av partene at Broström fikk tilbud om å kjøpe 475 til markedspris eller noen annen pris enn det som fremgikk av 476-kontrakten, det vil si ESP 4.600 millioner.

Som tidligere nevnt var verftets forutsetning i utgangspunktet dessuten en pris USD 400.000 høyere og uten de modifikasjoner som var avtalt for 476. Flertallet finner at verftet ikke har sannsynliggjort at det ville ha justert vederlaget og skipets spesifikasjoner som nevnt, dersom rederiet for øvrig hadde akseptert 475. 1

Flertallet legger til grunn at vekslingskursen USD/ESP på kontraktstidspunktet var 131,5. Kontraktssummen på ESP 4.600 millioner tilsvarte da ca. USD 35 millioner. Kursutviklingen USD/ESP etter at kontrakten ble inngått, endret seg i rederiets favør. Vekslingskursen i april 2000 er opplyst å være 175,5. 2

I perioden fra høsten 1997 da kontrakten trådte i kraft og til oktober 1999 da kjølstrekking for 476 skjedde, betalte Broström fire forskudd til Factorias på til sammen ca. ESP 936 millioner til kurser som lå mellom ovennevnte kurser. Disse forskuddsterminer tilsvarte ca. USD 6 millioner. 3

Det resterende kontraktsbeløp, ESP 4.600 millioner minus ESP 936 millioner, kunne i april 2000 kjøpes for ca. USD 21 millioner. For Broström ville således den reelle pris for 475 da ha vært i størrelsesorden USD 27 millioner. 4

Hvorvidt USD 27 millioner var over eller under skipets markedsverdi våren 2000 ble ikke avklart under hovedforhandlingen. Rederiets brev av 7. mars 2000 indikerer at markedsverdien var lavere. Under sin partsforklaring sa Factorias styreformann at salget av 475 til italienske kjøpere i august 2000 skjedde på bareboat-vilkår basert på skipspris Euros 28,5 millioner, uten at dette ble nærmere dokumentert. Factorias har fremlagt og påberopt seg eksempler på salg priser av liknende tonnasje i den hensikt å vise at markedet hadde falt betydelig. Disse eksemplene gir ikke noe entydig bilde av generelt prisfall og er heller ikke særlig opplysende for vurdering av den spesialtonnasje som nærværende sak gjelder. 5

Ved vurderingen av Broströms tapsbegrensningsplikt må man se hen til størrelsen av det tap som et dekningskjøp skulle ha til formål å begrense. Våren 2000 hadde som nevnt rederiet gitt uttrykk for at dets tap var over USD 5 millioner. I oktober 2000 var kravet redusert til ca. SEK 15 millioner, og flertallet finner det riktig å legge sistnevnte beløp til grunn. 6

Hvorvidt USD 27 millioner samsvarte med skipets markedsverdi våren 2000, blir ikke avgjørende i og med at et dekningskjøp i denne størrelsesorden etter flertallets mening uansett ikke med rimelighet kan kreves når det tap som skal begrenses ikke er mer enn ca. SEK 15 millioner. 7

Det neste spørsmål er om Factorias kan høres med at Broström ventet for lenge med å kalle på garantien fra PYMAR. Flertallet legger til grunn at PYMARs avvisende holdning etter at rederiet påberopte seg garantien 7. mars 2000, bygget på sviktende grunnlag iallfall når det gjaldt kravet om at kontrakten først måtte kanselleres. Det fremstår som sannsynlig at PYMAR også tidligere ville kommet med det urettmessige krav om kansellering av kontrakten. Flertallet finner ikke grunn til å anta at en påkalling av garantien rundt årsskiftet ville ha ført til mer aktiv handling fra PYMARs side enn det som senere skjedde. 8

Sammenfatningsvis finner voldgiftsrettens flertall etter dette at det ikke er grunnlag for verftets anførsel om at rederiet har misligholdt sin plikt til å begrense tapet. 9

Mindretallet, Bull, ser annerledes på forholdet knyttet til substitusjonsretten og rederiets tapsbegrensningsplikt. Pr. 2. mars 2000 forelå det antasipert mislighold fra verftets side for så vidt angikk 476. Som hevdet av verftet og støttet gjennom forklaringen fra to av rederiets vitner under hovedforhandlingen, ville det da ikke være mulig å ferdigstille 476 innen 18. oktober 2000 (kanselleringsdatoen). Verftet hadde allerede fra september 1999 forsøkt å finne frem til ordninger som kunne ivareta både rederiets og verftets interesser, uten at det hadde vist seg mulig å komme til enighet. Verftets økonomi var meget presset, trolig ikke minst fordi kontrakten for 475 var kansellert og innbetalte terminer tilbakebetalt, og uten at det fantes andre interessenter til akseptable priser. Rederiet hadde nok interesse av å overta 475, men hadde hverken gitt eller oppnådd noe bindende tilsagn om dette, trolig fordi det ikke hadde noen partner til å dele kontrakten med og fordi det anså at prisen var for høy. 10

Pr. 2. mars 2000 visste verftet at det ikke ville være i stand til å ferdigstille 476 til kanselleringsdato, men det visste ikke om rederiet ville godta en forlengelse av leveringsfristen eller ikke. Det visste at rederiet i og for seg hadde interesse av 475, men det visste ikke om rederiet ville kjøpe skipet eller ikke, fordi rederiet ikke hadde truffet tiltak for rent faktisk å sikre seg skipet. Det risikerte dermed å måtte fortsette byggingen av 476, med de betydelige investeringer som lå i det, uten noen sikkerhet for at det ville få levere dette skipet, og også uten noen sikkerhet for at det ville få levere 475.

Det var i denne situasjonen naturlig og riktig at verftet forsøkte å få avklart hvordan partene best mulig kunne rydde opp i forholdet. De opplegg som ble skissert for rederiet i faksen 2. mars 2000 var i denne forbindelse fornuftige: enten å ta 475 nå som kontraktmessig levering av 476 eller å godta at 476 fikk utsatt sin levering. Ved det første opplegget fikk man - reelt sett - det man hadde inngått kontrakt med verftet om, nemlig skipet levert til leveringstid 18. april 2000. Ved det andre opplegget fikk man - langt på vei - det man hadde ønsket seg opprinnelig, nemlig kontroll med to skip.

Det var utvilsomt visse usikkerheter rundt de to oppleggene verftet hadde presentert. Det var derfor forståelig om rederiet hadde ønsket en nærmere avklaring av disse. Etter mindretallets mening hadde rederiet imidlertid en plikt til - i den situasjonen som var oppstått - å opptre lojalt. Det ville f.eks. innebære å ta inn over seg at det 2. mars 2000 ikke ville være mulig å ferdigstille 476 innen 18. oktober 2000. Det ville også innebære å klargjøre overfor verftet hva rederiet ønsket, basert på realistiske estimater. Ville det overta 476, selv om den måtte bli forsinket en viss tid? Og ville det overta 475, og i tilfelle på hvilke vilkår? Rederiet kunne altså ikke etter mindretallets mening basere seg på urealistiske fakta, og på bakgrunn av dem kreve at verftet skulle fortsette byggingen av 476, uten å gi verftet en bindende erklæring om at det ville fastholde kjøpet selv om det oppsto en viss forsinkelse. Rederiet kunne heller ikke avslå å akseptere 475 som substitutt for 476, bare basert på en påstått rettighet om at rederiet hadde krav på å få levert to skip. Rederiet hadde ikke en slik rettighet etter sin kontrakt med verftet. Viktigere er likevel at rederiet heller ikke hadde skaffet seg en slik rettighet senere. Igjen måtte derfor rederiet bestemme seg, basert på en realistisk oppfatning av de forhold som forelå.

Det er erkjent av verftet at de problemer som hadde oppstått mellom rederiet og verftet, hadde sin bakgrunn i verftets forsinkelser med byggingen av 475 og 476. At skylden i så måte hvilte på verftet, forhindret imidlertid ikke at rederiet fikk en plikt til - alene og sammen med verftet - å søke å begrense det tap som måtte oppstå som følge av det antasiperte misligholdet vedrørende 476. Plikten måtte knytte seg både til det samlede tap og til rederiets eget tap.

Denne plikten til å søke å begrense det potensielle tapet har rederiet ikke oppfylt. I stedet for å gå inn i en diskusjon med verftet om hvordan spørsmålene kunne finne sin løsning, basert på foreliggende fakta, har rederiet fastholdt posisjoner som ville gi anledning til en spekulasjon på verftets bekostning, og det selv om posisjonene fremsto som ikke-realistiske. En slik holdning kan ikke belønnes.

Flertallet har avvist at rederiet hadde plikt til å akseptere 475 som substitutt for 476, basert på det syn at tilbudet om en slik substitusjon ikke fremsto som tilstrekkelig klart, og at 475 hverken teknisk eller kommersielt fremsto som likeverdig med 476. Mindretallet er uenig i dette. 475 og 476 var - med unntak for to mindre tekniske forhold - helt like. De to forholdene kunne avhjelpes for en sum på USD 2,9 millioner, og innen leveringstiden for 476, 18. april 2000. Selv om verftets økonomiske situasjon var meget presset, var det ingen grunn til å tro at ikke verftet ville ha kunnet skaffe de nødvendige økonomiske midler til ombyggingen - hvis da rederiet overhodet mente at en slik ombygging var nødvendig. Rederiet var også fullt klar over at det var gitt et tilbud om substitusjon - det viser rederiets fax av 7. mars 2000, der det understrekes at « we are not prepared to accept hull 475 as proper performance under our contract with you. » Dermed hadde rederiet avslått selve prinsippet om substitusjon, uten på noen måte å antyde at det var uklarheter knyttet til dette tilbudet som gjorde at det ikke var interessant.

I denne forbindelse finner mindretallet det riktig å minne om at de lovregler vi har om levering ikke direkte dekker den situasjonen vi her står overfor. Kjøpsloven § 36 (1) om bl.a. rett til omlevering knytter seg til mangler, og ikke til forsinkelse, som er forholdet her. Fordi det er

snakk om et tilvirkningskjøp, og fordi situasjonen reelt sett har klare likhetstrekk med en omlevering som følge av mangel, finner mindretallet det imidlertid både naturlig og hensiktsmessig å anvende prinsippene om omlevering i vår situasjon, uten nødvendigvis å følge kjøpslovens regulering i alle detaljer. Mindretallet ser altså « omleveringen » først og fremst som en tapsbegrensningsmulighet, som rederiet plikter å benytte seg av hvis det - slik det fastholdt etter 2. mars 2000 - virkelig mente alvor med at det ønsket 476 levert.

Pr. 2. mars 2000 sto verftet overfor trusselen om et omfattende erstatningskrav fra rederiet, knyttet til en eventuell ikke-levering/for sen levering av 476. Rederiet har senere redusert dette kravet betydelig, og basert det på reglene om negativ kontraktsinteresse istedenfor positiv kontraktsinteresse. Overgangen fra det ene til det andre erstatningsregime kan tyde på at rederiet faktisk ikke hadde noe erstatningsmessig tap ved bortfallet av 476. Viktigere er at rederiet - ved å akseptere 475 som ledd i en tapsbegrensningsplikt - ville ha fått oppfylt sitt krav etter byggekontrakten. Det ville i så fall ikke ha vært plass for noe erstatningskrav, hva enten et slikt krav var basert på den positive eller negative kontraktsinteresse. Som allerede nevnt hadde rederiet ikke noe kontraktsmessig krav på å få levert to skip, hverken under byggekontrakten for 476 eller i henhold til senere avtale. Heller ikke det forhold at rederiet ved aksept av 475 for 476 bare ville få ett skip ga derfor hjemmel for et erstatningskrav fra rederiet.

Som oppsummering vil mindretallet derfor fremholde at selv om verftet hadde brakt begge parter opp i en vanskelig situasjon ved sin forsinkelse, var det med enkle grep mulig å komme ut av denne situasjonen på en økonomisk hensiktsmessig måte. Disse grepene forutsatte imidlertid at rederiet opptrådte lojalt i forhold til de forslag verftet fremsatte. Rederiet valgte imidlertid å fastholde urealistiske posisjoner og å spekulere i verftets vanskelige stilling, og ødela dermed muligheten for et felles hensiktsmessig resultat. Hadde rederiet forholdt seg lojalt til verftets forslag, ville det ikke ha oppstått tap for rederiet under 476-kontrakten. Etter mindretallets oppfatning er det da ikke grunn til å tilkjenne rederiet erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Overenstemmende med flertallets konklusjon finner voldgiftsretten at Broström har erstatningsmessig grunnlag for å få dekket sitt tap av Factorias.

Når det gjelder spørsmålene om erstatningsutmålingen, som drøftes nedenfor, er voldgiftsretten enstemmig.

Tapsberegningen

Broströms totale krav i saken utgjør SEK 14.901.805 og er spesifisert slik:

Forsikringskostnader	SEK	60.215
Reiser og utlegg	SEK	171.037
Sjøfartsverket	SEK	56.925
Bankgaranti	SEK	2.591.367
Juridisk bistand	SEK	16.560
Valutaopsjon	SEK	9.445.837
Tilsyn ved verftet	SEK	2.224.665
Vekslingskap	SEK	335.199

Verftet har under hovedforhandlingen frafalt å gjøre innsigelser mot de første fem postene, men opprettholder innsigelser mot de tre siste.

- Valutaopsjon SEK 9.445.837

Voldgiftsretten legger til grunn at rederiets behov for en valutaopsjon bortfalt som følge av at 476 ikke ble levert. Opsjonspremien ble betalt og er således en virkelig utgift. Etter

byggekontrakten har rederiet krav på å bli holdt skadesløs for « loss and damages incurred by reason of seller's default ».

De to tidligere kontrakter for 458 og 459 stipulerte betaling i USD. Kontraktene for 475 og 476 ble først forhandlet med sikte på betaling i USD som tidligere, men underveis ble det enighet om betaling i ESP. Det fremstår som uklart om det i den forbindelse fra noen av partene ble forutsatt noen bestemt dollarkurs og om partene ved fastsettelsen av kontraktssummen i ESP ga rederiet en « rabatt » som fanget opp en mulig uheldig utvikling av dollarkursen. Voldgiftsretten finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

Voldgiftsretten finner det sannsynliggjort at Broström, som har det alt vesentlige av sine inntekter i USD, som hovedregel foretok valutasikring av sine forpliktelser i annen valuta enn USD. Slik valutasikring anses så alminnelig i rederinæringen at det var påregnelig for verftet at Broström også ville gjøre dette for 476. Det er uten betydning at rederiet unnlot å opplyse dette til verftet.

Etter bevisførselen legger voldgiftsretten til grunn at 476-kontrakten trådte i kraft 31. oktober 1997 og at opsjonskontrakten ble inngått først 20. januar 1998. En påregnelig valutasikring er ikke det samme som en plikt for rederiet til å foreta slik sikring innen en bestemt tid. At rederiet ventet nærmere tre måneder med å sikre seg, kan ikke ha til følge at opsjonskosmoden « løsrives » fra byggekontrakten i den forstand at utgiften ikke er erstatningsmessig. Den omstendighet at kursutviklingen hadde utviklet seg i en for rederiet gunstig retning frem til tidspunktet for opsjonskontrakten, anses ikke relevant.

Det er voldgiftsrettens konklusjon at rederiets kostnad til valutaopsjon er et erstatningsmessig tap som verftet må dekke.

- Tilsyn ved verftet SEK 2.224.665

Ferm International Ship Management var engasjert for å ha tilsynet med alle de fire skip som er omtalt i saken. For 476 varte det faste engasjementet fra 1. januar 1998 til ca. 30. juni 2000, i alt 30 måneder à SEK 50.000 pr. måned, i alt SEK 1.500.000. I tillegg har Ferm fakturert rederiet for « various supervision costs » med i alt SEK 724.665 hvorav SEK 270.876 er fakturert i månedene august, september og oktober 2000.

Verftet bestrider ikke at beløpene er betalt til Ferm, men fremholder at kravet må reduseres etter voldgiftsrettens skjønn fordi det ikke var rimelig grunn for rederiet til å ha Ferm engasjert for 476 over en så lang periode. Det protesteres spesielt mot de tre siste fakturaene på i alt SEK 270.876.

Voldgiftsretten er kommet til at rederiets krav er for høyt og må reduseres. Fermes engasjement med 475 varte fra 1. oktober 1997 til mars 1999, i alt 18 måneder, eller 12 måneder mindre enn for 476.

Voldgiftsrettens inntrykk er at Broström for 476 i vesentlig grad kunne nyttiggjøre seg tegnearbeidet som var utført for 475.

Det synes ikke å ha vært nødvendig å betale for Ferm allerede fra januar 1998, 22 måneder før kjølstrekkingen av 476 som skjedde 20. oktober 1999. Det gjelder selv om senere forsinkelser med 476 skyldtes verftet og ikke var mulig å forutse omfanget av i januar 1998.

Det må etter bevisførselen legges til grunn at også rederiet våren 2000 måtte være klar over at 476 ikke kunne bli ferdig før kanselleringsfristen 18. oktober 2000. Det må anses som et rimelig taksforebyggende tiltak da å avvike Ferm-engasjementet på et tidligere tidspunkt enn det som skjedde. Rederiet har ikke anført at det var kontraktsrettslig forpliktet til å betale Ferm for hele perioden på 30 måneder.

Skjønnsmessig reduseres rederiets krav med SEK 900.000.

- Vekslingstapet SEK 335.199

Det er ikke bestridt at verftets tilbakebetaling av rederiets forskuddsinnbetalinger og renteberegningen er skjedd i henhold til byggekontraktens bestemmelser. Innbetalingene var i pesetas og tilbakebetalingen skjedde i samme valuta. I og med at partene har kontraktsfestet hvordan tilbakebetalingen skal foretas i tilfelle av bestillers hevning av kontrakten, finner voldgiftsretten at rederiet ikke kan ha krav på dekning av tap som følge av veksling av pesetasbeløpet til svenske kroner.

Under henvisning til ovenstående bemerkninger til de tre omstridte tapsposter, finner voldgiftsretten at Broström har krav på erstatning fra Factorias for følgende tap:

Forsikringskostnader	SEK	60.215
Reiser og utlegg	SEK	171.037
Sjøfartsverket	SEK	56.925
Bankgaranti	SEK	2.591.367
Juridisk bistand	SEK	16.560
Valutaopsjon	SEK	9.445.837
Tilsyn ved verftet	SEK	1.324.665
Vekslingstap	SEK	0

I sum utgjør dette SEK 13.666.606.

- Om berikelsesfradrag

Verftet har gjort gjeldende at Broström har hatt fordel av ikke å måtte oppfylle en for rederiet ulønnsom byggekontrakt, og at voldgiftsretten må ta hensyn til denne fordel i form av en skjønsmessig reduksjon av rederiets krav, jf. prinsippet om « compensatio lucri cum damno ».

Rederiet har på sin side gjort gjeldende at 476-kontrakten isolert sett ikke var tapsbringende, at verftet har bevisbyrden for at kontrakten var ulønnsom, at verftet ikke har oppfylt sin bevisbyrde, og at det uansett er begrenset hjemmel i norsk rett til å kreve fradrag for slik fordel.

Voldgiftsretten legger til grunn at Broströms kostpris i utgangspunktet ville tilsvare USD 35 millioner. Fordi byggekontrakten var i pesetas og valutakursen utviklet seg i rederiets favør, jf. beregningen på side 27 i denne voldgiftsdom var imidlertid kostpris for rederiet i mars/april 2000 bare USD 27 millioner.

Ved sin vurdering av markedsverdien i mars/april 2000 har voldgiftsretten festet seg ved

- forklaringen fra Factorias styreformann om at 475 i august 2000 ble avtalt levert til italienske interesser på bareboat vilkår basert på Euros 28,5 millioner som skipsverdi,
- Factorias anførsel om generelt fall i skipsverdier,
- Broströms styreformanns forklaring om at levering av 475 i april 2000 i rederiets system ville ha gitt en årlig avkastning på 11-14%,
- Broströms brev av 7. mars 2000 som indikerer en lavere markedsverdi på 475 enn den avtalte kostpris for 476.

Voldgiftsretten er etter dette kommet til at det ikke er sannsynliggjort at markedsverdien av 475 var lavere enn USD 27 millioner og at rederiet følgelig ikke hadde en økonomisk fordel av å slippe å oppfylle 476-kontrakten. Noe fradrag i erstatningen for slik fordel gjøres derfor ikke.

- Renteberegningen

Det er ikke reist innvendinger fra verftet når det gjelder renteberegningen, men renteberegningen må forutsetningsvis ta hensyn til den reduksjon i erstatningssummen som voldgiftsretten har kommet frem til. Den detaljerte renteberegningen som fremgår av Broströms påstand, er forklart med at visse utgifter har forfalt til betaling etter hevningen av byggekontrakten 7. september 2000. De fire utgiftsposter det dreier seg om, er oppgitt å være

- 1) faktura SEK 82.064 med forfall 11. oktober 2000,
- 2) faktura SEK 216.136 med forfall 1. november 2000,
- 3) faktura SEK 43.816 med forfall 8. november 2000, og
- 4) faktura SEK 23.622 med forfall 14. desember 2000.

Fakturaene 1), 3) og 4) er fra Ferm og gjelder kostnader som voldgiftsretten anser inkludert i de SEK 900.000 som posten vedrørende tilsyn ved verftet ble redusert med. Noen særskilt renteberegning for disse fakturaene er derfor ikke aktuelt.

Faktura 2) gjelder garantiprovisjon som verftet ikke har gjort innsigelser mot og som anses erstatningsmessig. Slutningen i voldgiftsdommen viser at renter av dette fakturabeløp først løper fra 1. november 2000.

Motsøksmålet fra Factorias har hatt som forutsetning at verftet blir frifunnet i hovedsøksmålet. Verftet har ikke oppnådd dette resultat, og Broström må bli å frifinne i motsøksmålet.

Saksomkostninger

Broström har i hovedsøksmålet fått medhold i at erstatningsgrunnlag foreligger, men erstatningsbeløpet er av voldgiftsretten redusert med SEK 1.235.199 fra SEK 14.901.805 til SEK 13.666.606. Saken må anses som dels vunnet og dels tapt, og spørsmålet om saksomkostninger blir å avgjøre etter tvistemålsloven § 174. Etter paragrafens første ledd skal da hver part bære sine omkostninger. Voldgiftsretten finner imidlertid grunn til å anvende unntaksregelen i paragrafens annet ledd. Det må vektlegges at Factorias først under hovedforhandlingen kom med erkennelser som i vesentlig grad forenklet saken. Det gjelder både erstatningsgrunnlaget og erstatningsutmålingen. Voldgiftsretten er kommet til at Broström derfor bør tilkjennes delvise saksomkostninger.

Broströms prosessfullmektig har fremlagt saksomkostningsoppgave på i alt SEK 1.669.005 hvorav SEK 268.446 er utgifter til vitner og « internal client cost ». Factorias prosessfullmektig har gjort innsigelse for så vidt gjelder den del som er kompensasjon til Broströms partsrepresentanter for tid medgått i anledning voldgiftsaken. Voldgiftsretten tar Factorias innsigelse til følge. Basert på fremlagte tilleggsopplysninger fra Broströms prosessfullmektig finner voldgiftsretten at saksomkostningskravet bør nedsettes med SEK 156.000. Av det reduserte saksomkostningsbeløp på SEK 1.513.005 pålegges Factorias skjønnsmessig å erstatte Broström SEK 750.000.

I motsøksmålet er Broström frifunnet. Denne del av saken har Factorias tapt fullstendig og skal i henhold til tvistemålsloven § 172 pålegges å erstatte motparten dennes saksomkostninger. Partenes prosessfullmektiger har i sine omkostningsoppgaver ikke foretatt noen oppdeling for så vidt gjelder omkostninger for hovedsøksmål og motsøksmål. Voldgiftsretten finner at Broströms omkostninger i motsøksmålet har vært ubetydelige og må anses dekket av de tilkjente omkostninger i hovedsøksmålet.

Voldgiftsrettens honorar og utgifter som vil fremgå av særskilt oppgave, bæres med en tredel av Broström og to tredeler av Factorias.

Voldgiftsdommen er enstemmig bortsett fra dissensen om erstatningsgrunnlaget, slik denne er kommet til uttrykk ovenfor.

Slutning i voldgiftsdom:

1. Factorias Vulcano S. A. forpliktes til å betale til Broström Tankers AB SEK 13.666.606 med tillegg av renter etter lov om renter ved forsinket betaling, for tiden 12% pro anno, på SEK 13.450.470 fra den 7. september 2000 til betaling skjer, og på SEK 216.136 fra den 1. november 2000 til betaling skjer.
2. Factorias Vulcano S. A. forpliktes til å erstatte Broström Tankers ABs saksomkostninger med SEK 750.000.
3. Betalingsfristen for pkt. 1 og 2 er 3 uker fra voldgiftsdommens dato som er 27. november 2000.
4. Voldgiftsrettens salær og utgifter i henhold til særskilt oppgave bæres av Factorias Vulcano S. A. med to tredeler og Broström Tankers AB med en tredel, dog således at partene i forhold til voldgiftsretten hefter solidarisk.

Sist oppdatert 18. februar 2012